

**Universidade de Brasília - UnB**  
**Faculdade de Direito**

**CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS E OS TRIBUNAIS DE  
CONTAS: LIMITES E POSSIBILIDADES DA ASCENSÃO DE  
NOVOS ATORES INSTITUCIONAIS.**

**LUCAS FABER DE ALMEIDA ROSA**

**BRASÍLIA**  
**2012**

**Universidade de Brasília - UnB**

**Faculdade de Direito**

**LUCAS FABER DE ALMEIDA ROSA**

**CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS E OS TRIBUNAIS DE  
CONTAS: LIMITES E POSSIBILIDADES DA ASCENSÃO DE  
NOVOS ATORES INSTITUCIONAIS.**

Monografia apresentada como requisito  
parcial à obtenção do título de bacharel em  
Direito pela Faculdade de Direito da  
Universidade de Brasília - UnB.

Orientador: Prof. Dr. Gilmar Ferreira  
Mendes

**BRASÍLIA**

**2012**

LUCAS FABER DE ALMEIDA ROSA

**CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS E OS TRIBUNAIS DE  
CONTAS: LIMITES E POSSIBILIDADES DA ASCENSÃO DE  
NOVOS ATORES INSTITUCIONAIS.**

Monografia aprovada como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em  
Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB, pela banca  
examinadora composta por:

---

Prof. Dr. Gilmar Ferreira Mendes (Orientador)  
Universidade de Brasília – UnB

---

Prof. Rodrigo Mudrovitsch  
Universidade de Brasília – UnB

---

Ms. Cláudia Fernanda de Oliveira Pereira  
Universidade de Brasília – UnB

---

Ms. Alexandre Vitorino  
Universidade de Brasília - UnB

## **AGRADECIMENTOS**

À minha família, pelo apoio e amor incondicionais.

À Isabella, por ser a inspiração de todas as minhas ações.

Aos meus colegas, por tornarem a caminhada mais fácil.

Ao Rodrigo Mudrovitsch, pela disponibilidade, apoio e paciência.

Ao Ministro Gilmar Mendes, pela oportunidade ímpar.

## RESUMO

A positivação constitucionais dos direitos sociais, resultado de um novo patamar de direitos pleiteados pelos cidadãos em face do contexto sócio-econômico do século XX, exigem uma atuação positiva do Estado no sentido de efetivá-los na realidade social, ou seja, de dotá-los de eficácia. Nesse contexto, as políticas públicas, enquanto ações governamentais tendentes a concretizar esses direitos, cumprem tarefa fundamental. Ocorre que, diante de uma estrutura constitucional em que o controle de um ente por outro é pressuposto do seu regular funcionamento, pontos vitais como a formulação e execução de políticas públicas devem ser reavaliados constantemente. Nesse sentido, as questões de quem e como esse controle deve ser feito são preponderantes em nosso cenário constitucional. Em meio ao desenvolvimento da dinâmica institucional brasileira, o Poder Judiciário assumiu papel predominante nessa tarefa. Contudo, fatores como a falta de accountability e a capacidade técnica desse ente levantam questionamentos quanto a real adequação desse ente para essa função. Esses desdobramentos deflagram uma busca por instituições capazes de realizar um controle mais adequado. Assim, o presente trabalho, além de examinar a adequação dos juízes, tem o objetivo de analisar os limites e possibilidades da atuação dos Tribunais de Contas no controle de políticas públicas, investigando seus mecanismos processuais de controle.

**Palavras-Chave:** controle de políticas públicas, direitos sociais, Constituição, Poder Judiciário, Tribunais de Contas.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>7</b>
<b>CAPÍTULO 1 - POLÍTICAS PÚBLICAS.....</b>	<b>11</b>
1.1 Considerações iniciais.....	11
1.2 Conceito de políticas públicas.....	16
1.3 Direitos sociais: estrutura e aplicabilidade.....	21
 <b>CAPÍTULO 2 - CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS: O PAPEL DO JUDICIÁRIO.....</b>	 <b>29</b>
2.1 Considerações iniciais.....	29
2.2 A atuação do Poder Judiciário no controle de políticas públicas.....	33
2.3 O minimalismo judicial de Cass Sunstein.....	46
2.3.1. Aspectos gerais.....	46
2.3.2. Minimalismo judicial e Democracia deliberativa.....	47
2.3.3. Minimalismo judicial e garantia de direitos fundamentais: o caso da guerra norte-americana contra o terrorismo.....	52
2.3.4. Minimalismo judicial: limites e possibilidades no direito brasileiro.....	57
2.4. Minimalismo, institucionalismo e a abertura do controle de políticas públicas para novos agentes.....	63
 <b>CAPÍTULO 3 - TRIBUNAIS DE CONTAS – LIMITES E POSSIBILIDADES DE SUA ATUAÇÃO NO CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS.....</b>	 <b>66</b>

3.1 Considerações iniciais.....	66
3.2 Histórico, organização e atribuições dos Tribunais de Contas.....	68
3.3 Estudo de caso.....	80
3.3.1 Considerações iniciais.....	80
3.3.2 Estudo das Representações 03 e 20/2011 do Tribunal de Contas do Distrito Federal.....	81
3.3.3. A Auditoria do Tribunal de Contas da União sobre o Programa Valorização e Saúde do Idoso.....	86
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>91</b>
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>94</b>

## INTRODUÇÃO

A efetivação dos direitos fundamentais constitui objetivo fundamental e compromisso inafastável do Estado Democrático de Direito. Com efeito, dar eficácia às garantias constitucionais significa assegurar a força normativa da Constituição e seu papel como ordenamento fundamental de uma sociedade. Ocorre que as sociedades lidam diariamente com a escassez de recursos para traduzir os preceitos constitucionais em realidade para a população brasileira.

Nesse contexto, as políticas públicas adotadas de modo a promover direitos e aplicar recursos escassos ocupam lugar central no desenho institucional das democracias constitucionais. De fato, todas as etapas de formulação e implantação de uma política pública são fundamentais para que a sociedade tenha seus direitos assegurados e promovidos pelo Estado. Tendo em vista sua importância, todas essas etapas devem ser articuladas de maneira adequada. Em outros termos, escolher e executar a política pública adequada significa conferir completa eficácia aos direitos fundamentais e, portanto, à Constituição.

Dentro dessa problemática de efetivação dos direitos fundamentais, a categoria dos direitos sociais oferece aspectos cuja peculiaridade dificulta a elaboração de políticas públicas e, principalmente, seu controle. Isto porque os direitos sociais apresentam uma estrutura que exige do Estado prestações positivas, incrementando sobremaneira os seus custos<sup>1</sup>. Além disso, o caráter coletivo desses direitos estabelece uma dinâmica em que as decisões concernentes a determinada área repercutem intensamente na alocação de recursos destinados aos demais direitos.

---

<sup>1</sup> Estudos desenvolvidos por Sunstein e Holmes no livro "The Cost of Rights" demonstram que todos os direitos têm custos. Assim, o fato de um direito de primeira geração exigir uma abstenção do Estado não o exime de gastos assecuratórios, principalmente na manutenção das instituições estatais - como o Judiciário - responsáveis por garantir seu livre exercício. Este tema será objeto de debate ao longo do presente trabalho, mas por ora cumpre ressaltar que os custos na manutenção das instituições são sustentados por todas as categorias de direitos, enquanto os direitos sociais exigem um agir específico para a sua promoção. Nesse sentido, o direito à saúde, por exemplo, exige a manutenção do Poder Judiciário (comum a todos os direitos) e a construção de hospitais (necessária especificamente para esses direitos).



Ocorre que, diante de uma estrutura constitucional em que o controle de um ente por outro é pressuposto do seu regular funcionamento, pontos vitais como a formulação e execução de políticas públicas devem ser reavaliados constantemente. Nesse sentido, a questão de quem e como esse controle deve ser feito é preponderante em nosso cenário constitucional.

O Poder Judiciário tem assumido com destaque essa função de controle, elaborando decisões que, ao buscar a efetivação de direitos fundamentais, se transformam em verdadeiras políticas públicas ou interferem significativamente nas mesmas. Não obstante a importância da jurisdição na proteção das garantias fundamentais, bem como sua inafastabilidade (prevista como garantia fundamental no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal), o Judiciário pode não ser o ente mais adequado para exercer semelhante papel no que diz respeito às políticas públicas.

Com efeito, elas trabalham com diversos conceitos de outras áreas do conhecimento que escapam da tradicional formação dos juristas, desenvolvendo uma verdadeira carência de recursos técnicos e institucionais para um adequado controle. Neste ponto, vale ressaltar a falta de conhecimento, por parte dos juízes, de conceitos econômicos como os trade-offs, que são fundamentais para uma análise pertinente da efetividade e viabilidade de uma política pública<sup>2</sup>.

Ademais, o próprio *modus operandi* do Direito, por meio de seus instrumentos processuais, leva a um tipo de estudo inadequado para a apreensão do desenvolvimento das políticas públicas. Com efeito, o juiz exerce uma análise inadequada do problema concreto, sem atentar para o contexto amplo da política pública na qual esse caso individual está inserido.

Nessa linha de raciocínio, é possível depreender, também, que a perspectiva que embasa a atividade do juiz não envolve o conceito de “trade-off”, ou seja, a idéia de que, dada a escassez de recursos, o formulador de políticas públicas deve fazer escolhas no momento de efetivá-las. Em outros

---

<sup>2</sup> Essa carência de conhecimento de conceitos econômicos está atrelada, principalmente, à forma como são estruturados os currículos dos cursos de Direito no Brasil, sem uma adequada construção do conhecimento interdisciplinar – notadamente com relação à Economia, que pode contribuir fortemente para uma melhor formação do jurista.

termos, o juiz, ao decidir um caso fornecendo um medicamento, por exemplo, não tem a visão ampla de planejamento e, conseqüentemente, não tem a preocupação de como os recursos orçamentários serão manejados de forma a cumprir sua decisão.

Por conseguinte, é interessante buscar alternativas para o controle e efetivação das políticas públicas. Com efeito, conquanto a atuação do Judiciário seja importante na proteção dos direitos fundamentais, outros entes podem exercer papel eficaz, analisando sob uma perspectiva diferente o problema em questão. Assim, os Tribunais de Contas, enquanto órgão responsável por auxiliar o Poder Legislativo no Controle Externo das atividades públicas, surge como um novo ator.

Nesse sentido, o objetivo do presente trabalho é analisar os limites e possibilidades da atuação dos Tribunais de Contas no controle de políticas públicas, investigando seus mecanismos processuais de controle e, principalmente, sua adequação para a tarefa.

Dessa forma, no capítulo 1 será realizada a análise das políticas públicas, de modo a estabelecer o atual estado dessa matéria, desenvolvendo o arcabouço teórico e prático necessário para a compreensão do problema posto. Além disso, será examinada a questão dos direitos sociais e sua estrutura, principalmente no que diz respeito às peculiaridades de sua aplicação e a complexidade de que se revestem as políticas tendentes a sua efetivação.

No capítulo 2 trataremos do controle de políticas públicas, especialmente do papel assumido pelo Poder Judiciário com o processo de desneutralização política sofrido ao longo do século XX. Assim, será avaliada a efetiva capacidade desse ente para realizar essa tarefa, bem como viabilidade em face do desenho institucional adotado no Brasil. Para tanto, o institucionalismo de Vermeule e o minimalismo judicial de Cass Sunstein serão ferramentas teóricas relevantes, principalmente no sentido de verificar as vantagens e desvantagens de uma abertura do controle de políticas públicas para novos entes.

Por fim, no capítulo 3 serão analisados os limites e possibilidades da atuação dos Tribunais de Contas no controle das políticas públicas, examinando suas atribuições no sistema brasileiro. Posteriormente, serão estudados os mecanismos desses órgãos aptos ao controle de políticas públicas, por meio do estudo de casos concretos submetidos a sua apreciação.

## CAPÍTULO 1 - POLÍTICAS PÚBLICAS E DIREITOS SOCIAIS.

### 1.1. Considerações iniciais.

O tema políticas públicas tem adquirido grande importância na agenda institucional de grande parte dos governos contemporâneos, notadamente nas democracias ocidentais, cujo influxo de direitos sociais positivados aumentou as obrigações assumidas pelos Estados. Nesse sentido, cumpre abordar, inicialmente, os eventos que definiram o século XX e moldaram as instituições que ora analisamos.

No que concerne ao objeto do presente trabalho, o Estado passou por mudanças drásticas nesse período, principalmente em função dos acontecimentos sociais e econômicos, que geraram uma nova postura dos governos. De fato, a crise do liberalismo econômico no entre guerras, que culminou na Grande Depressão em 1929, solapou a crença no livre-mercado e escancarou, à época, a necessidade da atuação do Estado na economia, de modo a sanar problemas que o Capital não era, por si só, capaz de solucionar.

Esse contexto desencadeou medidas dos países que demonstram uma mudança de perspectiva do papel do Estado perante a sociedade. Antes desse período os agentes estatais do Ocidente limitavam-se a garantir o livre funcionamento do mercado e as liberdades individuais<sup>3</sup>, mas o cenário mudou drasticamente com a crise de 1929, conforme descreve o historiador Eric Hobsbawm:

Numa única frase: a Grande Depressão destruiu o liberalismo econômico por meio século. (...) Mais especificamente, a Grande Depressão obrigou os governos ocidentais a dar às considerações sociais prioridade sobre as econômicas em suas políticas de Estado.

---

<sup>3</sup> Vale frisar que os primeiros contratos de concessão de serviços públicos, bem como a edição do Sherman Act nos Estados Unidos, no final do século XIX, já esboçavam uma participação mais efetiva do Estado no meio econômico. Contudo, o salto decisivo, que aqui retratamos, ocorreu com a Grande Depressão.

Os perigos implícitos em não fazer isso – radicalização da esquerda e, como a Alemanha e outros países agora o provavam, da direita – eram demasiado ameaçadores.

Assim, os governos não mais protegeram a agricultura simplesmente com tarifas contra a competição estrangeira, embora, onde o tinham feito antes, erguessem barreiras tarifárias ainda mais altas. Durante a Depressão, passaram a subsidiá-la, assegurando preços agrícolas, comprando, comprando os excedentes ou pagando os agricultores para não produzir, como nos EUA após 1933 (...).

Quanto aos trabalhadores, após a guerra o 'pleno emprego, ou seja, a eliminação do desemprego em massa, tornou-se a pedra fundamental da política econômica nos países de capitalismo democrático reformado, cujo mais famoso profeta e pioneiro, embora não o único, foi o economista britânico John Maynard Keynes (1883-1946). O argumento keynesiano em favor dos benefícios da eliminação permanente do desemprego em massa era tão econômico quanto político. Os keynesianos afirmavam, corretamente, que a demanda a ser gerada pela renda de trabalhadores com pleno emprego teria o mais estimulante efeito nas economias em recessão. Apesar disso, o motivo pelo qual esse meio de aumentar a demanda recebeu tão urgente prioridade – o governo britânico empenhou-se nele mesmo antes do fim da Segunda Guerra Mundial – foi que se acreditava que o desemprego em massa era política e socialmente explosivo, como de fato mostrara ser durante a Depressão.<sup>4</sup>

Bem se vê, portanto, o surgimento de um novo paradigma de Estado, menos apático e mais intervencionista; trata-se do Estado Social. Essa progressiva mudança na postura do Poder Público foi acompanhada pela própria ordem jurídica, que abandonou a visão liberal e individualista dos direitos, conforme esclarece o publicista Seabra Fagundes:

Hodiernamente as Constituições se têm desprendido da rígida concepção liberal do Estado, e, cedendo ao império das novas condições de vida, distendem o seu âmbito a todos os setores em que se faça precisa a ação equilibradora do poder público, no sentido de reger a vida coletiva não somente no seu aspecto político, senão também no econômico, e até no moral. [...] O vetusto sentido das primitivas 'declarações de direitos', só tendo em vista o homem na ordem política, cede à conceituação nova dos direitos individuais, em face do desequilíbrio na ordem econômica e social, que atinge toda a estrutura jurídica do mundo moderno. Assim sendo, a estrutura do Estado vai sendo submetida a notáveis experiências com o objetivo de torná-lo instrumento capaz de realizar, praticamente, um trabalho positivo de equilíbrio, na ordem política pelo fortalecimento da

---

<sup>4</sup> HOBBSBAWN, Eric. *Era dos Extremos: o breve século XX*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. P. 99-100.

autoridade e na ordem econômica pela proteção ao trabalho e subordinação do capital aos interesses sociais<sup>5</sup> [grifos nossos].

De fato, essas mudanças refletidas na ordem jurídica têm como principal fenômeno representativo a positivação dos direitos sociais, notadamente a partir da Constituição mexicana de 1917 e da Constituição de Weimar. Isto porque, ao contrário dos direitos individuais, os direitos ditos de segunda geração exigem um agir do Estado, uma prestação do Poder Público que vai além da manutenção de instituições com o objetivo de garantir o exercício de garantias fundamentais.

Assim, as demandas dos cidadãos por um novo patamar de direitos corresponderam a um paradigma intervencionista dos governos, razão pela qual não é possível dissociar o atual protagonismo das políticas públicas da institucionalização dos direitos sociais e da correspondente ampliação da intervenção do Estado nas sociedades. Neste ponto, vale transcrever o ensinamento de Maria Paula Dallari Bucci:

O paradigma dos direitos sociais, que reclama prestações positivas do Estado, corresponde, em termos da ordem jurídica, ao paradigma do Estado intervencionista, de modo que o modelo teórico que se propõe para os direitos sociais é o mesmo que se aplica às formas de intervenção do Estado na economia. Assim, não há um modelo jurídico de políticas sociais distinto do modelo de políticas públicas econômicas. A alteração na ordem jurídica que demanda essa nova conceituação provém da mesma fonte histórica, que é a formação do Estado intervencionista. Essa, embora tenha desenvolvimentos particulares em cada ordem jurídica nacional, pode-se demarcar a partir dos primeiros contratos de concessão de serviço público, no final do século XIX, de quando data, também, a primeira legislação antitruste, o Sherman Act, em 1890. Há um salto significativo na década de 1930, com o New Deal do governo Roosevelt e as políticas correspondentes em cada país (no Brasil, é o momento da industrialização), que irá desembocar nos chamados trinta anos gloriosos, que vão do fim da Segunda Guerra Mundial, em 1945, ao choque do petróleo, em 1974. Esse período do pós-guerra consagra o apogeu do Estado social, quando são formuladas as constituições que fornecem a matriz da Constituição brasileira de

---

<sup>5</sup> FAGUNDES, M. Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1967. p. 15-16.

1988 (embora o constitucionalismo brasileiro já viesse esboçando o caminho do Estado social desde 1934 e 1946).<sup>6</sup>

Conforme restou claro na lição acima transcrita, o Brasil também alterou seu paradigma constitucional, positivando direitos sociais e permitindo um Estado intervencionista. Essa transformação começou com a Constituição de 1934, que, inspirada pela Constituição de Weimar, acrescentou títulos inexistentes em Constituições anteriores, como o que tratava da família, educação e cultura.<sup>7</sup> A Constituição de 1946, por sua vez, seguiu essa tendência socializante.

Todavia, foi a Constituição de 1988 que definitivamente incorporou ao ordenamento brasileiro os direitos sociais, reservando um capítulo para essa categoria de direitos e classificando-os como direitos fundamentais. De forma a assegurar sua efetividade, também criou diversos mecanismos, como o mandado de injunção. Além disso, o Ministério Público deixou de atuar como braço do Poder Executivo, transformando-se em tutor da coletividade, e utilizando, para tanto, instrumentos como a ação civil pública. Nesse sentido, vale trazer o magistério elucidativo de Paulo Bonavides, ao tratar dessa mudança constitucional:

Em 1934, 1946 e 1988, em todas as três Constituições domina o ânimo do constituinte uma vocação política, típica de todo esse período constitucional, de disciplinar no texto fundamental aquela categoria de direitos que assinalam o primado da Sociedade sobre o Estado e o indivíduo ou que fazem do homem destinatário da norma constitucional. Mas o homem-pessoa, com a plenitude de suas expectativas de proteção social e jurídica, isto é, o homem reconciliado com o Estado, cujo modelo básico deixava de ser a instituição abstencionista do século XIX, refratária a toda intervenção e militância na esfera dos interesses básicos, pertinentes às relações do capital com o trabalho.<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *O conceito de política pública em direito*. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (organizadora). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. P. 5.

<sup>7</sup> FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. 11. Edição. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2003. P. 351-352.

<sup>8</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22. Edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2008. P. 368.

Assim, é possível depreender que a consolidação dos direitos sociais e o correspondente aumento da intervenção do Estado na sociedade, exigem detida reflexão acerca das políticas públicas destinadas à efetivação desses direitos.

Esse fenômeno, que foi analisado até este momento em sua escala transnacional, apresenta forte repercussão na realidade brasileira. Com efeito, a despeito de ter uma das economias mais fortes do mundo, com um produto interno bruto de R\$ 4,143 bilhões<sup>9</sup>, o Brasil acumula problemas sociais, apresentando uma das maiores desigualdades sociais do mundo<sup>10</sup>.

Essa situação faz com que milhões de brasileiros sofram restrições em seus direitos fundamentais, sendo significativamente dependentes de políticas públicas em áreas como educação, saúde e moradia. Com isso, a ação do Estado no que concerne à garantia de direitos constitucionalmente assegurados torna-se relevante para a sociedade brasileira, principalmente porque a aplicação de políticas públicas envolve o gasto de recursos escassos em setores ainda mais debilitados do que em países desenvolvidos, incrementando, portanto, os trade-offs do gestor público.

Dessa forma, resta claro que as políticas públicas assumiram papel primordial na agenda pública brasileira, constituindo ponto nevrálgico na consolidação dos direitos fundamentais. No entanto, uma análise mais aprofundada requer, primeiramente, que se proceda a uma delimitação do objeto do trabalho; ou seja, é necessário estabelecer o conceito de políticas públicas, estabelecendo os principais aspectos dessa categoria.

---

<sup>9</sup> Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), divulgados em 06/03/2012 e disponíveis no site [http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2012/03/120306\\_pib\\_brasil\\_jf.shtml](http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2012/03/120306_pib_brasil_jf.shtml), acessado em 10/05/2012, às 11:56.

<sup>10</sup> Estudo recente da Fundação Getúlio Vargas (FGV) indicou que apesar dos avanços do Brasil na área social, o país permanece entre as 12 nações com maior desigualdade social do mundo. Fonte: <http://economia.estadao.com.br/noticias/economia,brasil-atinge-menor-nivel-de-desigualdade-social-desde-1960,105210,0.htm>, acessado em 10/05/2012, às 13:11.



## 1.2. Conceito de políticas públicas

Conforme abordado no tópico anterior, as políticas públicas adquirem importância maior com o aumento da intervenção do Estado na sociedade, já que elaborar uma política pública nada mais é do que coordenar essa intervenção. Assim, é necessário apontar que conceituar a categoria de políticas públicas significa trabalhar com os temas atinentes à ciência política e à economia. Isto porque essas áreas participam de forma fundamental de todas as suas etapas de formulação e execução.

Em razão dessas peculiaridades que envolvem o tema em exame, nesse tópico, além de estabelecer um conceito de políticas públicas que norteará esse trabalho, serão examinados aspectos relevantes para a compreensão do tema, como a idéia de ciclo da política pública e o seu complexo aspecto processual.

Inicialmente, é possível identificar que a política pública é uma ação do Estado tendente a promover direitos fundamentais da população. Neste ponto, cumpre ressaltar que as políticas públicas, em um sentido amplo, não se restringem aos direitos sociais, apesar de comumente a atenção da sociedade dirigir-se às políticas tendentes a efetivar essa espécie de direitos.

Com efeito, direitos individuais, como a liberdade de expressão, requerem ações governamentais que garantam seu desenvolvimento. Assim, todo o aparato do Poder Judiciário, por exemplo, tem o objetivo de garantir esses direitos, representando custos para o Estado, conforme ensinam Sunstein e Holmes:

Rights are costly because remedies are costly. Enforcement is expensive, especially uniform and fair enforcement; and legal rights are hollow to the extent that they remain unenforced. Formulated differently, almost every rights implies a correlative duty, and duties are taken seriously only when dereliction is punished by the public power drawing on the public purse. There are no legally enforceable rights in the absence of legally enforceable duties, which is why law can be permissive only by being simultaneously obligatory. That is to say, personal liberty cannot be secured merely by limiting government interference with freedom of action and association. No right is simply a right be left alone by public officials. All rights are claims to an

affirmative governmental response. All rights, descriptively speaking, amount to entitlements defined and safeguarded by law.<sup>11</sup>

Essa afirmação de que todos os direitos têm custos revela um aspecto dos direitos que muitas vezes passa despercebido pelos juristas: a efetivação de um direito está atrelada ao gasto de dinheiro público, o qual, principalmente em países em desenvolvimento, é insuficiente para a satisfação de todos os interesses dos cidadãos. Nesse sentido, tratar de políticas públicas significa tratar de um processo de alocação dos recursos da sociedade. De fato, o custo de efetivação de um direito pode suprimir a completa eficácia de outro, trazendo ao âmbito das políticas públicas reflexões diferentes do processo de subsunção realizado pelo jurista hodiernamente.

Por conseguinte, uma política pública não se restringe a um agir estatal com a finalidade de efetivar um Direito, mas sim um complexo processo de seleção de necessidades, escolha de meios e avaliação de resultados. A título de exemplo, não se trata apenas da concessão unilateral de medicamentos aos portadores de determinada doença, mas sim da escolha do programa mais adequada, bem como de qual problema receberá recursos públicos em detrimento de outros.

Essa noção de processo valoriza o caráter participativo da elaboração das políticas, enfatizando que as políticas públicas não se reduzem a uma questão econômica de eficiência, abrangendo o aspecto da escolha política da sociedade de privilegiar esse ou aquele interesse.

Além disso, há que se ressaltar a existência de múltiplos fatores que influenciam a formulação de políticas públicas e, conseqüentemente, repercutem não só no resultado almejado, mas também na forma como o controle das políticas públicas é exercido. De fato, a participação nesse processo é múltipla, envolvendo não só órgãos públicos, mas também empresas, sindicatos, organizações sociais, instituições religiosas, imprensa e movimento sociais. Neste ponto, vale examinar o ensinamento de Marcos

---

<sup>11</sup> HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton & Company, 2005. P. 513.

Augusto Perez, que analisa com precisão a participação da sociedade na formulação das políticas públicas:

Na prática, o que ocorre é que derrubados os muros altos que separavam a Administração Pública da sociedade, esta passa a participar da concepção, da decisão e da implementação das políticas públicas. As audiências públicas, as consultas públicas, são exemplos de como se dá na prática a participação na elaboração das políticas públicas; o plebiscito administrativo, o referendo, as comissões de caráter deliberativo exemplificam, por seu turno, a participação no processo de decisão, as comissões de usuários, a atuação de organizações sociais ou de entidades de utilidade pública, e até mesmo a recente expansão da concessão de serviços públicos fornecem uma amostra de participação na própria execução das políticas públicas.

Sem o perfil de uma participação institucional, outros meios são utilizados pela sociedade para interferir nas políticas públicas. A atuação política dos movimentos sociais, por exemplo, levando ao estado e à opinião pública a consciência da necessidade de atendimento de suas demandas. A atuação da imprensa expondo falhas, vicissitudes e, por vezes, até mesmo virtudes, na realização das políticas públicas e a atuação, no mesmo sentido, de organizações não governamentais também valem ser citadas.

O próprio mercado, há que se reconhecer, é bastante ativo na formulação de políticas públicas. Caso pensemos na regulação econômica como uma das vertentes do conceito de política pública, vamos localizar na auto-regulação de alguns setores econômicos ou de algumas profissões uma forma do mercado não só de contribuir para a formação ou execução de políticas públicas, mas um meio deste conduzir de modo autônomo e desvinculado organicamente da Administração Pública a realização de uma política pública.<sup>12</sup>

Não obstante a importância da participação da sociedade na formulação das políticas públicas, determinados fenômenos a ela vinculados podem distorcer o processo em estudo. Nesse sentido, é necessário ressaltar a questão dos grupos de interesse, que distorcem o processo de escolha de prioridades e formulação de políticas. Isto porque, se de um lado, quanto mais concentrados os benefícios resultantes da efetivação de determinado programa, maior é o ímpeto dos cidadãos beneficiados na busca pela sua parcela; por outro lado, quanto mais difusos os benefícios menor a luta por sua concretização. Com isso, interesses concentrados apresentam o fenômeno da super-representação.

---

<sup>12</sup> PEREZ, Marcos Augusto. *A participação da sociedade na formulação, decisão e execução das políticas públicas*. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (organizadora). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. P. 171.

Semelhante fenômeno é impulsionado pela ocorrência do efeito carona nos interesses cujos benefícios são mais dispersos. No caso do meio ambiente, por exemplo, como a ação individual tem importância muito reduzida em face do quadro geral, as pessoas tendem a tentar se beneficiar da iniciativa de outros na promoção do bem comum.

Dessa forma, a compreensão do aspecto processual das políticas públicas permite vislumbrar a existência de nuances que vão muito além da simples efetivação de um prognóstico econômico ou um plano jurídico, perpassando, também, por um processo político de alocação dos recursos escassos da sociedade.

Outrossim, esse processo não se desenvolve linearmente, ou seja, não existem fases estanques de formulação, implementação e, ao fim, avaliação. De fato, é comum identificar para fins didáticos, cinco etapas das políticas públicas: (i) formação de agenda, na qual são identificados os problemas relevantes que necessitam da atuação do Estado; (ii) identificação das alternativas viáveis para a solução do problema; (iii) tomada de decisão, em que é escolhido o meio mais adequado para a finalidade proposta; (iv) implementação da política pública; e (v) avaliação dos resultados de acordo com parâmetros previamente estabelecidos.<sup>13</sup>

Não obstante a enumeração dessas fases, a política passa por um constante processo de avaliação de sua implementação em que novos dados são continuamente inseridos. Nesse sentido, é possível afirmar que existe um processo de retroalimentação da ação governamental, de forma a readequá-la ao objetivo delineado<sup>14</sup>; o que torna seu desenvolvimento e controle mais complexos e mutáveis.

Da mesma forma, é necessário considerar que as políticas públicas desenvolvem-se em um processo de tentativa e erro. Com efeito, não se pode ignorar que o gestor público não tem conhecimento completo do problema

---

<sup>13</sup> BAPTISTA, T. W. F.; REZENDE, M. *A ideia de ciclo na análise de políticas públicas*. In MATTOS, R. A.; BAPTISTA, T. W. F. *Caminhos para análise das políticas de saúde*, 2011. p.138-172. Disponível em [www.ims.uerj.br/ccaps](http://www.ims.uerj.br/ccaps).

<sup>14</sup> MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. *Dimensão jurídica das Políticas públicas*. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (organizadora). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. P. 70.

colocado a sua apreciação e, também, não têm soluções em quantidade e qualidade suficientes para o saneamento imediato do problema.

Essa concepção surgiu com o modelo *garbage can*, segundo o qual os gestores adaptam os problemas às soluções disponíveis, recorrendo freqüentemente à prática de tentativa e erro<sup>15</sup>. Assim, vale frisar que o agente responsável pelo controle das políticas públicas não pode ignorar que o erro é variável inerente ao processo.

Tendo em vista essas ponderações acerca das políticas públicas e sua complexidade, bem como sua importância para a efetivação dos direitos fundamentais, é interessante transcrever o conceito formulado por Maria Bucci, o qual será adotado nesse trabalho: “políticas públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do estado e as atividades privadas para a realização de objetivos relevantes e politicamente determinados”<sup>16</sup>.

Esse conceito traz de maneira objetiva elementos importantes para o estudo da matéria: a pluralidade de agentes, a existência de um processo político que determina os objetivos relevantes e ação estatal para a concretização das finalidades selecionadas; razão pela qual atende aos objetivos deste trabalho.

Sendo assim, uma vez delimitado o tema políticas públicas é necessário analisar a questão dos direitos sociais e sua aplicabilidade. Posteriormente, será feito o cotejo entre políticas públicas e essa espécie de direitos, de modo a desenvolver a problemática que envolve as ações governamentais voltadas para sua efetivação.

---

<sup>15</sup> GELINSKI, Carmen Rosario Ortiz G.; SEIBEL, Erni José. *Formulação de políticas públicas: questões metodológicas relevantes*. In: Revista de Ciências Humanas, Florianópolis, EDUFSC, v. 42, n. 1 e 2, p. 227-240, Abril e Outubro de 2008. P. 230.

<sup>16</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *O conceito de política pública em direito*. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (organizadora). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. P. 38.

### 1.3 Direitos sociais: estrutura e aplicabilidade

Conforme explanado anteriormente, os acontecimentos políticos, econômicos e sociais do início do século XX causaram uma convulsão ideológica que solapou as bases do Estado Liberal até então dominante. Com efeito, o patamar de direitos pleiteados pelos cidadãos excedeu a igualdade formal idealizada desde a Revolução Francesa, exigindo do Estado a intervenção nos meios econômico e social, seja para corrigir falhas de mercado, seja para assegurar direitos fundamentais da população.

Nesse contexto, surgiram os direitos sociais, como saúde, educação e moradia, que exigem do Estado, para sua efetivação, prestações positivas como a construção de escolas e hospitais. Com isso, essa espécie de direitos exige um deslocamento vultoso de recursos do Estado, levantando questões relevantes no que tange a sua exigibilidade.

De fato, a Constituição de 1988 erigiu os direitos sociais à categoria de direitos fundamentais do Estado brasileiro, representando o compromisso do legislador constituinte com a promoção do acesso da população a patamares de vida dignos. No entanto, ainda que sejam fundamentais, os direitos sociais possuem uma dinâmica de concretização diferenciada em relação aos direitos individuais, principalmente por exigirem do Estado uma dinâmica de atuação positiva.

Não por acaso, as reflexões a respeito dos direitos de segunda geração revelam a tensão subjacente à relação entre realidade e Constituição, entre as relações fáticas de poder e a normatividade; a qual é maior nos textos constitucionais típicos do Estado social, uma vez que é nessa espécie de organização estatal em que o Direito tem fortes aspirações de intervenção na sociedade.

Sendo assim, a Lei maior não se limita a estabelecer a estrutura do Estado e garantir as liberdades individuais, mas sim a moldar a sociedade de modo a nela intervir, promovendo determinados valores e objetivos. Trata-se, portanto, da Constituição dirigente, ou seja, de uma Carta que incumbe ao

Estado, principalmente ao legislador, a realização de tarefas para a efetivação de determinados fins.<sup>17</sup>

Essa concepção materializa-se com a previsão, pelo constituinte, das chamadas normas-tarefa (também denominadas normas programáticas), as quais representam fins que orientam a atividade do poder público – que deve direcionar as atividades para sua realização. Esta categoria está inserida na classificação tradicional elaborada por José Afonso da Silva na obra “Aplicabilidade das Normas Constitucionais”, a qual divide as normas constitucionais, quanto ao grau de seus efeitos jurídicos em: (i) de eficácia plena; (ii) eficácia contida; e (iii) eficácia limitada.

A primeira categoria inclui as normas que, desde o início da vigência da Constituição, incidem sobre diretamente sobre a realidade, produzindo todos os efeitos concebidos pelo poder constituinte. As regras do segundo também têm eficácia plena desde a entrada em vigor do texto constitucional, mas prevê a possibilidade de limitação posterior de alguns de seus efeitos. O terceiro grupo, por sua vez, abarca os dispositivos que não produzem seus efeitos essenciais com a simples vigência da Constituição, mas sim com a ulterior atuação do legislador ordinário ou de outros órgãos estatais.

Neste ponto, é necessário apontar que no terceiro grupo existem normas cuja produção de efeitos ocorre com a edição de leis reguladoras, como no caso do artigo 33 da Carta de 1988 “a lei disporá sobre a organização administrativa e judiciária dos Territórios”, razão pela qual são denominadas normas de legislação. Há outras regras, porém, que se limitam a estabelecer uma finalidade a ser perseguida, sem remeter a matéria à lei e sem imputar uma obrigação material específica ao Estado, sendo denominadas programáticas.

Não obstante sua utilidade didática, cumpre ressaltar que essa classificação encontra-se ultrapassada na doutrina. Isto porque a aceitação majoritária da idéia de que todo direito fundamental é, na prática, restringível, abalou os fundamentos dessa tese. Nesse sentido, vale citar os ensinamentos de Virgílio Afonso da Silva:

---

<sup>17</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª edição. Coimbra: Livraria Almedina: 1993.

A distinção entre normas de eficácia plena e normas de eficácia contida foi colocada em xeque porque se baseia justamente na possibilidade ou impossibilidade de restrições. Normas de eficácia plena não seriam restringíveis, enquanto as normas de eficácia contida seriam. Contudo, se todos os direitos fundamentais são restringíveis, a distinção perde sua razão de ser.

(...)

A consolidação da classificação tripartite, sobretudo destacada de seu intento inovador inicial, acabou por gerar, com o passar do tempo, uma situação que impede um maior desenvolvimento da eficácia dos direitos fundamentais. Essa situação pode ser resumida da forma que se segue.

De um lado a crença na eficácia plena de algumas normas, sobretudo no âmbito dos direitos fundamentais, solidificou a idéia de que não é nem necessário nem possível agir, nesse âmbito, para desenvolver essa eficácia. Se ela é plena, nada mais precisa ser feito. Quanto mais essa crença for mitigada, como é o caso das conclusões deste trabalho, tanto maior será o ganho em eficácia e efetividade. Para mencionar apenas um exemplo: se se imagina que a liberdade de imprensa é garantida por uma norma de eficácia plena, pode ser que a consequência dessa premissa seja a sensação de que já se atingiu o ápice da normatividade constitucional. Ao se mitigar essa idéia, torna-se possível exigir, por exemplo, ações que criem condições não apenas de uma imprensa livre, mas de uma imprensa livre, plural e democrática.

De outro lado, a constatação de que algumas normas têm eficácia meramente limitada pode levar a duas posturas diversas: com base em uma determinada concepção de separação de poderes pode-se imaginar que nada resta aos operadores do direito, sobretudo aos juízes, senão esperar por uma ação dos poderes políticos; com base em concepção diversa, pode-se imaginar que a tarefa do operador do direito, sobretudo do juiz, é substituir os juízos de conveniência e oportunidade dos poderes políticos pelos seus próprios<sup>18</sup>.

Bem se vê, portanto, que não se pode ignorar que a estrutura dos direitos fundamentais traz em seu bojo a própria idéia de restrição. Em outras palavras, todas as normas constitucionais são restringíveis, como condição de uma eficácia máxima dos direitos fundamentais.

Não obstante essa ressalva, é imprescindível compreender que as normas positivadas com o objetivo de promover os direitos advindos das relações econômicas e sociais exigem, como condição mínima de eficácia, a atuação positiva do poder público.

Nesse sentido, o art. 196 da Constituição, por exemplo, preceitua que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros

---

<sup>18</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2011. P. 254-255.



agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. Essa norma, por si só, estabelece diversas obrigações do poder público; porém, o seu cumprimento apresenta uma série de nuances que a diferem dos direitos individuais.

Isto porque além de não estabelecer precisamente como o Estado vai cumprir esse dever, reduzindo os padrões para o controle de sua efetivação, sua concretização vai além de, por exemplo, não instituir a censura ou manter uma estrutura judiciária apta a garantir a liberdade de expressão; envolvendo uma complexa alocação de recursos escassos e seleção de prioridades.

Com isso, essa espécie de normas constitucionais enseja, devido a sua natureza, uma série de questionamentos concernentes a sua aplicabilidade. Com efeito, parte da doutrina entende que as normas de caráter programático constituem tão somente exortações morais ou programas sugeridos aos detentores do poder, sem vincularem juridicamente os mandatários.

Contudo, é preciso ponderar que retirar a eficácia jurídica desses dispositivos significa retirar eficácia da própria Constituição, retirando toda a sua força conformadora da realidade. Nesse sentido, vale transcrever os ensinamentos de Paulo Bonavides:

“O recurso às normas programáticas, tendo em vista reconciliar o Estado e a Sociedade, de acordo com as bases do pacto intervencionista, conforme sói acontecer no constitucionalismo social do século XX, deslocou por inteiro o eixo de rotação das Constituições nascidas durante a segunda fase do liberalismo, as quais entraram em crise. Uma crise que culminou com as incertezas e paroxismos da Constituição de Weimar, onde se fez, por via programática, conforme vimos, a primeira grande abertura para os direitos sociais.

Reconstruir o conceito jurídico de Constituição, inculcar a compreensão da Constituição como lei ou conjunto de leis, de sorte que tudo no texto constitucional tenha valor normativo, é a difícil tarefa que se depara à boa doutrina constitucional de nosso tempo. Sem embargo do debate doutrinário que ainda se possa ferir, a corrente de idéias mais idôneas no Direito Constitucional contemporâneo parece ser indubitavelmente aquela que, em matéria de Constituição rígida, perfilha ou reconhece a eficácia vinculante das normas programáticas.

Sem esse reconhecimento, jamais será possível proclamar a natureza jurídica da Constituição, ocorrendo em consequência a quebra de sua unidade normativa. Não há uma Constituição, como disse nosso Rui Barbosa, proposições ociosas, sem força cogente”.<sup>19</sup>

---

<sup>19</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22. Edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2008. P. 236.

Dessa forma, as normas programáticas também vinculam o poder público, mas não se pode olvidar, como mencionado anteriormente, que a forma de concretização desses direitos é diferente das demais normas, notadamente daquelas cujo objeto são direitos individuais.

Nesse sentido, é comum verificar na doutrina a ideia de que há uma dicotomia entre direitos individuais e direitos sociais, em virtude da exigência, para essa segunda categoria, de prestações positivas e, consequentemente, gastos do Estado; enquanto a primeira categoria não apresentaria custos de efetivação, por exigir apenas uma abstenção estatal.

Entretanto, conforme salientado na seção anterior, todos os direitos exigem gastos do Estado para sua efetivação. Nesse sentido, a plena eficácia do direito à liberdade de expressão, por exemplo, exige que seja mantido o aparato do Poder Judiciário. Em outras palavras, todos os direitos requerem dotações orçamentárias, razão pela qual não é possível estabelecer uma absoluta dicotomia entre direitos de primeira e segunda geração.

Baseados nessa linha de raciocínio, alguns autores têm defendido que não há que se falar em uma impossibilidade de se aplicar os direitos sociais constitucionalmente previstos, pois, em última instância, todos os direitos geram gastos. Sendo assim, vale transcrever o posicionamento defendido por Abramovich e Courtis:

En línea con lo dicho, autores como Fried van Hoof o Asbjorn Eide proponen un esquema interpretativo consistente en el señalamiento de 'niveles' de obligaciones estatales, que caracterizarían el complejo que identifica a cada derecho, independientemente de su adscripción al conjunto de derechos civiles y políticos o al de derechos económicos, sociales y culturales. De acuerdo a la propuesta de van Hoof, por ejemplo, podrían discernirse cuatro 'niveles' de obligaciones: obligaciones de respetar, obligaciones de proteger, obligaciones de garantizar y obligaciones de promover el derecho en cuestión. Las obligaciones de respetar se definen por el deber del Estado de no injerir, obstaculizar o impedir el acceso al goce de los bienes que constituyen el objeto del derecho. Las obligaciones de proteger consisten en impedir que terceros injeriran, obstaculicen o impidan el acceso a esos bienes. Las obligaciones de garantizar suponen asegurar que el titular del derecho acceda al bien cuando no puede hacerlo por sí mismo. Las obligaciones de promover se caracterizan por el deber de desarrollar condiciones para que los titulares del derecho accedan al bien.

Ninguno de estos niveles puede caracterizarse únicamente a través de las distinciones obligaciones positivas/obligaciones negativas, u obligaciones de resultado/obligaciones de medio, aunque

ciertamente las obligaciones de respetar están fundamentalmente ligadas a obligaciones negativas o de abstención, y las obligaciones de proteger, asegurar y promover involucran un mayor activismo estatal, y por ende, un número mayor de obligaciones positivas o de conducta. Este marco teórico, entiende van Hoof, refuerza la unidad entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales e culturales, pues estos tipos de obligaciones estatales pueden ser hallados en ambos pares de derechos. Por ejemplo, señala van Hoof, la libertad de expresión no requiere sólo el cumplimiento de la prohibición de censura sino que exige la obligación de crear condiciones favorables para el ejercicio de la libertad de manifestarse – mediante la protección policial -, y del pluralismo de la prensa y de los medios de comunicación en general. Paralelamente los derechos económicos, sociales y culturales no requieren solamente obligaciones de garantizar o de promover, sino que en determinados casos exigen un deber de respeto o de protección del Estado. El argumento permite entender bajo una mejor luz el concepto de interdependencia entre ambas categorías de derechos, al emparentar el tipo de conducta requerida al Estado por uno y otro tipo de derechos (...).<sup>20</sup>

Não obstante essa importante ressalva de que todo direito corresponde a um gasto estatal de efetivação, é necessário ponderar que os direitos sociais exigem maiores investimentos. De fato, muitos gastos que os autores supracitados utilizam para exemplificar a equivalência de custos, como os necessários para a manutenção das instituições judiciárias, servem a ambas as categorias de direitos. Nessa direção, vale transcrever as reflexões de Virgílio Afonso da Silva:

A idéia de que os juízes, ao complementar as políticas públicas implementadas pelo governo, estarão sempre auxiliando a realização dos direitos sociais e econômicos é equivocada porque se baseia em uma premissa tão simples quanto falsa, segundo a qual complementar é sempre algo positivo. Isso poderia ser correto se a realização de direitos sociais não implicasse, em todos os casos importantes, gastos públicos. Mas ela implica.

Assim, ao contrário do que sustentam Abramovich e Courtis, direitos sociais e econômicos distinguem-se, sim, dos direitos civis e políticos pelos gastos que sua realização pressupõe. Embora seja correta a tese de que a realização e a garantia de qualquer direito custa dinheiro, também é verdade que a realização dos direitos sociais e econômicos custa *mais dinheiro*. Isso porque os mesmos gastos que tanto Abramovich e Courtis quanto Holmes e Sunstein apontam ser necessários para a garantia dos direitos civis e políticos são também necessários para a garantia dos direitos sociais e econômicos, especialmente aqueles gastos que Abramovich e Courtis chamam de gastos com a manutenção das instituições políticas, judiciais e de segurança. A manutenção de instituições políticas, por exemplo, não é um gasto a ser computado somente para a garantia de direitos políticos. Pensar de outra forma seria um equívoco, pois

<sup>20</sup> ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002. P. 29-30.

partiria do pressuposto de que as instituições e os direitos políticos são fins em si mesmos. Por isso, os gastos com a manutenção das instituições políticas são gastos que abrangem a realização tanto dos direitos políticos, quanto dos direitos civis, quanto dos direitos sociais e econômicos. O mesmo vale para os gastos com a manutenção de instituições judiciárias. Diante disso, esses "gastos institucionais", que são diluídos na efetivação de *qualquer tipo de direito*, devem ser deixados de lado quando se comparam os custos dos direitos sociais e econômicos, de um lado, com os custos dos direitos civis e políticos, de outro.<sup>21</sup>

Por conseguinte, é imperativo reconhecer, a título de exemplo, que o direito social à educação requer tanto gastos com a manutenção de instituições de segurança, quanto de investimentos na construção de novas escolas e capacitação de professores.

Disso deflui que o volume de recursos envolvendo a implementação dos direitos sociais é maior se comparado àquele relativo aos individuais, aumentando a complexidade da formulação de políticas públicas; principalmente considerando a grande quantidade de normas programáticas positivadas pela Constituição de 1988, o que incrementa o rol de deveres do Estado e seus trade-offs.

Tendo em vista esse cenário de escassez de recursos e elevada quantidade de direitos sociais aguardando implementação pelo Estado, verificou-se a existência, em determinadas situações, da impossibilidade de cumprimento imediato de todos os deveres constitucionais assumidos pelo Estado.

Neste ponto, cumpre mencionar que o Poder Judiciário, ao verificar essas situações, passou a considerar o tema concernente à reserva do possível. Esse postulado preceitua que a despeito da previsão constitucional dos direitos sociais, sua efetivação está condicionada à disponibilidade de recursos públicos. Ainda que não absolutamente aplicado, a reserva do possível é importante por trazer à discussão judicial o assunto dos custos de implantação dos direitos de segunda geração. Assim, vale transcrever as ponderações do Ministro Celso de Mello no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº. 410715-5, publicado no Diário de Justiça de 03/02/2006:

---

<sup>21</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais*. In: Cláudio Pereira de Souza Neto & Daniel Sarmento, *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. P. 593.

Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à 'reserva do possível' (...), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas.

Não se ignora que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização -, depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, então considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando no texto da Carta Política.

Dessa forma, feita essa ressalva e compreendida a complexidade que envolve o processo de formulação e implementação de políticas públicas voltadas para a efetivação dos direitos sociais, é necessário estudar como é operado controle desse processo, principalmente com relação ao papel assumido pelo Poder Judiciário.

## CAPÍTULO 2 - CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS: O PAPEL DO JUDICIÁRIO

### 2.1 Considerações iniciais

Tendo em vista a importância assumida pelas políticas públicas na efetivação dos direitos sociais, conforme analisado no capítulo anterior, a questão do controle dessa ação governamental adquire fundamental destaque, principalmente em face das peculiaridades da estruturação dos direitos sociais.

Assim, é imperativo que o processo de formulação e execução de políticas públicas seja, em todas as suas etapas, objeto de debate e correção, sob pena de negligência em relação a direitos fundamentais e, em última instância, da Constituição, bem como de desperdício de dinheiro público. Em outras palavras, suprimir o controle significa suprimir recursos e direitos.

Por conseguinte, o controle social exercido por movimentos sociais, mídia e organizações da sociedade civil, representa instância deliberativa fundamental em que a população seleciona as finalidades prioritárias e suas respectivas políticas públicas. Essa espécie de controle pode ocorrer tanto nas vias informais de discussão do cotidiano – como programas televisivos, artigos de jornal e passeatas -, quanto nos canais abertos pelo poder público, como as audiências públicas realizadas por agências reguladoras.

Além desse controle, o próprio Poder Legislativo, por meio da edição de atos normativos, estabelece correções nas políticas públicas formuladas. Não se pode esquecer que esse poder fixa a despesa e estima a receita por meio do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e do orçamento anual, bem como impõe limites financeiros ao poder público<sup>22</sup>.

---

<sup>22</sup> Nesse sentido, o art. 52 da Constituição Federal de 1988 preceitua que Compete privativamente ao Senado Federal: (...) V - autorizar operações externas de natureza financeira, de interesse da União, dos

Outrossim, o Poder Legislativo também exerce controle relevante por meio de comissões permanentes e temporárias. Nesse contexto, vale citar o mecanismo de controle consubstanciado nas Comissões Parlamentares de Inquérito (CPI), que podem ser efetivas para o controle de políticas públicas. Com efeito, as CPIs apresentam poderes de investigações próprios das autoridades judiciais, permitindo exame aprofundado dos temas submetidos a sua análise. Nessa direção, cumpre transcrever o magistério de Paulo Gustavo Gonet Branco:

De pouco adiantaria que fosse previsto o direito de o Congresso Nacional investigar se não estivesse aparelhado, normativamente, para a função. Por isso, a Constituição em vigor resolveu que as CPIs dispõem dos poderes de investigação próprios das autoridades judiciais.

Desse modo, e com base também nas previsões expressas da Lei n. 1.597/52, art. 2º, cabe às CPIs determinar as diligências que estimar necessárias, convocar Ministros de Estado, tomar depoimentos de qualquer autoridade, ouvir indiciados e testemunhas, estas sob compromisso, requisitar informações e documentos de órgãos públicos, transportar-se para qualquer lugar em que considere necessário estar.

(...)

As CPIs têm sido vedetes do noticiário político – e até policial – dos últimos tempos. Ostentam um vasto potencial positivo. Por meio delas, vêm à tona realidades que, de outra forma, não emergiriam ao debate público, não obstante merecerem atenção legislativa. A vida política do País tende a ser depurada com o trabalho conseqüente das Comissões Parlamentares de Inquérito<sup>23</sup>.

O Tribunal de Contas da União (TCU), por sua vez, também possui diversos mecanismos (como processos de tomada de contas e as representações) de controle e correção dos investimentos públicos.

---

Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios; VI - fixar, por proposta do Presidente da República, limites globais para o montante da dívida consolidada da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; VII - dispor sobre limites globais e condições para as operações de crédito externo e interno da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de suas autarquias e demais entidades controladas pelo Poder Público federal; VIII - dispor sobre limites e condições para a concessão de garantia da União em operações de crédito externo e interno; IX - estabelecer limites globais e condições para o montante da dívida mobiliária dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

<sup>23</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 1003

Não obstante essa pluralidade de instâncias de controle, a qual constitui fator primordial, para a concretização do Estado Democrático de Direito, é a questão atinente ao papel assumido pelo Poder Judiciário nas democracias constitucionais contemporâneas que enseja debates acerca de seu cabimento e adequação. De fato, os juízes passaram, ao longo do século XX, por uma mudança de posicionamento no desenho institucional, representada por uma gradual desneutralização de sua atuação, que deixa de ser aquela tradicional subsunção do caso concreto à lei, para figurar como agente transformador da sociedade.

Com efeito, esse fenômeno é maximizado pela concretização do controle de constitucionalidade dos atos normativos pelo Poder Judiciário<sup>24</sup>, o qual se afirma como esfera preponderante na conformação da sociedade. Sendo assim, de modo a desenvolver a idéia por trás desse processo de concentração de poder nos juízes, é interessante transcrever o ensinamento do Ministro Gilmar Mendes em artigo analisando a figura do apelo ao legislador na Corte Constitucional Alemã:

A influência dos grupos de pressão sobre o legislador, o *déficit* de racionalidade identificado no processo legislativo e a possibilidade de que as decisões majoritárias do corpo legislativo venham a lesar direitos de minorias constituem elementos denotadores de uma mudança do papel desempenhado pela "*lei*" nos modernos sistemas constitucionais. A existência de órgão judicial especial, incumbido de exercer o controle constitucional, impõe aos órgãos submetidos a esse sistema de controle um "*dever de racionalidade*" (*Zwang der Rationalität*) na concretização da Constituição. Como acentua Starck, se se entender a democracia como representação funcionalmente legitimada e controlada, a jurisdição constitucional, longe de configurar um corpo estranho, expressaria essa idéia fundamental de controle.

Pode-se afirmar, portanto, que, ao compensar eventuais debilidades identificadas no processo legislativo, a jurisdição constitucional não está usurpando funções tradicionais da representação popular, mas apenas exercendo as atribuições que lhe foram confiadas dentro desse novo modelo constitucional.

Nesse contexto, o desenvolvimento pela Suprema Corte de novas formas de decisão expressa o propósito de cumprir, efetivamente, o complexo mister de órgão central de controle jurídico. Não se pode olvidar que a função de Guardião da Constituição (*Hüter der Verfassung*) exige que contemple, nas suas decisões, a necessidade de preservação da ordem constitucional que deve ser

<sup>24</sup> Neste ponto, cumpre ressaltar que o controle de constitucionalidade pelo Judiciário, que remonta ao caso norte-americano *Marbury v. Madison*, está calcado na idéia de que os tribunais são os entes mais adequados para exercerem a função de guardião da Constituição.



protegida. É que, enquanto órgão constitucional que participa na formação da vontade do Estado, a Corte Constitucional está obrigada a considerar as consequências jurídicas de suas decisões para a sociedade estatal, evitando orientar-se, simploriamente, pelo lema *'fiat justitia pereat mundus'*.<sup>25</sup>

Não obstante essas vantagens, observa-se, paralelamente a esse processo, uma tendência de agigantamento do Judiciário, que passa a ocupar espaços de outros entes, decidindo questões como verdadeira consciência moral da sociedade. Nesse sentido, cumpre citar a análise feita por Ingeborg Maus:

Não se trata simplesmente da ampliação objetiva das funções do Judiciário, com o aumento do poder da interpretação, a crescente disposição para litigar ou, em especial, a consolidação do controle jurisdicional sobre o legislador, principalmente no continente europeu após as duas guerras mundiais. Acompanha essa evolução uma representação da Justiça por parte da população que ganha contornos de veneração religiosa. Em face desse fenômeno, somente em poucos países ainda é possível identificar uma discussão que envolva posições de 'esquerda' e de 'direita' entre os juristas. Assim é que hoje em dia, em países como Finlândia e Inglaterra, onde a articulação do processo político realiza-se sem qualquer controle jurisdicional da constitucionalidade, os de direita tentam introduzir este controle, enquanto os de esquerda investem todos os esforços argumentativos para obstaculizá-lo. A República Federal da Alemanha, como é sabido, não se soma a esses poucos países. Qualquer crítica sobre a jurisdição constitucional atrai para si a suspeita de localizar-se fora da democracia e do Estado de direito, sendo tratada pela esquerda como uma posição exótica<sup>26</sup>. (grifos nossos).

Bem se vê, portanto, a consolidação, na maior parte das democracias constitucionais do Ocidente, de um modelo institucional em que os juízes assumem papel fundamental, não se limitando a resolver as lides da sociedade, mas interferindo decisivamente na efetivação das normas constitucionais e na concretização dos direitos fundamentais. Da mesma forma, esse processo de empoderamento do Poder Judiciário é verificado no Brasil. De fato, a evolução constitucional brasileira levou a um aumento do poder dos magistrados, notadamente do Supremo Tribunal Federal (STF) – por meio do

<sup>25</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *O apelo ao legislador - appellelentscheidung – na práxis da Corte Constitucional Federal Alemã*. In: Revista do Ministério Público do Trabalho, nº 3, (março 1992), p. 69-96; In: Revista de Direito Público nº 99, p. 32-53; In: Revista Arquivos do Ministério da Justiça nº 179 (1992), p. 81 s; In: Revista de Informação Legislativa do Senado Federal, nº 114 (1992), p. 473 s. P. 4.

<sup>26</sup> MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade – o papel da atividade jurisdicional na "sociedade órfã"*. In: Novos Estudos nº 58 (novembro de 2000). P. 185.

controle de constitucionalidade abstrato<sup>27</sup> -, permitindo à Justiça um papel cada vez mais preponderante no âmbito da sociedade.

Nesse contexto, o exercício dessa função pelos juízes gera diversos questionamentos para o funcionamento da sociedade não só no que tange à separação de poderes constitucionalmente positivada. Isto porque a atuação dos juízes traz em seu bojo questões relevantes acerca da sua pertinência e viabilidade, referentes, principalmente, à ausência de *accountability* e à falta de recursos técnicos e institucionais adequados para solucionar questões cujo horizonte é mais amplo que a simples subsunção do caso concreto, como é o caso das políticas públicas.

Com isso, é possível depreender que o Judiciário, ao tornar-se protagonista da cena social, pode obstruir instâncias deliberativas fundamentais para um ambiente democrático saudável. Além disso, ao se imiscuir em assuntos para os quais não é o ente adequado para encontrar a melhor solução, o juiz impede a participação de novos atores no processo de efetivação das diretrizes constitucionais.

Dessa forma, o objetivo desse capítulo é analisar a atuação do Poder Judiciário no controle de políticas públicas, principalmente sob o ponto de vista de sua adequação e da dinâmica desenvolvida com outras instituições.

## 2.2. A atuação do Poder Judiciário no controle de políticas públicas

Conforme explanado anteriormente, o Poder Judiciário assumiu um papel predominante no seio da sociedade brasileira, exercendo o controle de políticas públicas em todas as suas instâncias; o que requer uma análise detalhada dos diversos aspectos concernentes a essa atuação.

---

<sup>27</sup> De fato, a evolução do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade aponta para uma progressiva redução da importância do controle incidental de atos normativos. Isso decorre, principalmente, da ampla legitimação para propositura de ação direta de constitucionalidade estabelecida pela Constituição Federal de 1988, em contraposição ao monopólio da ação outrora conferido ao Procurador-Geral da República na sistemática adotada pelo legislador constituinte de 1967/69.

Inicialmente, é necessário reconhecer que a Constituição brasileira prevê diversos mecanismos judiciais para a proteção de direitos fundamentais. Em outras palavras, o próprio ordenamento jurídico confere aos juízes a função de tutor dos direitos fundamentais. Nesse sentido, por exemplo, o art. 5º, inciso XXXV, do texto constitucional preceitua que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

De fato, não é possível ignorar que a Constituição estabeleceu uma série de instrumentos destinados a efetivar os direitos previstos em seus dispositivos. Com relação aos direitos sociais, por exemplo, o mandado de injunção é concedido sempre que a falta de norma regulamentadora tornar inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais.

Trata-se, portanto, de instrumento constitucional de concretização de direitos fundamentais pelo Judiciário em face de uma inação do órgão competente para editar a norma garantidora. Com isso, a própria Carta pressupõe um Judiciário mais atuante e engajado na construção de uma sociedade que atenda aos objetivos propostos em seu texto.

Esse panorama institucional, cuja origem é o advento das Constituições sociais, difere consideravelmente da separação de poderes prevista no nascimento do Estado Liberal. Isto porque havia uma concepção estanque das instituições, na qual, de modo a evitar arbitrariedades, o juiz atuaria adstrito à lei, ou seja, neutro.

Nesse raciocínio, Montesquieu afirmava que “não haverá liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se o poder executivo estiver unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria o legislador. E se estiver ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor”<sup>28</sup>.

Disso defluiu que, para evitar o abuso do poder político e a supressão das liberdades fundamentais, foi elaborado um desenho estatal em que os juízes têm uma atuação neutra, ou seja, não têm uma atuação criativa perante a sociedade. Ocorre que os influxos que acompanharam a positivação

---

<sup>28</sup> MONTESSQUIEU. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Martin Claret, 2007. P. 166.

constitucional dos direitos sociais, ao lado da crescente importância assumida pelo controle de constitucionalidade, passaram a exigir uma postura diferenciada dos julgadores.

Nesse contexto, os juízes deixam de limitar-se a aplicar a lei para constituírem criadores do Direito, atentos às peculiaridades da realidade social, que antes eram soterradas pela operação de subsunção à norma legal. Nesse sentido, vale transcrever as reflexões de Tércio Sampaio Ferraz Junior:

Em suma, com base em condições sociopolíticas do século XIX, sustentou-se por muito tempo a neutralização política do Judiciário como consequência do princípio da divisão dos poderes. A transformação dessas condições, com o advento da sociedade tecnológica e do estado social, parece desenvolver exigências no sentido de uma desneutralização, posto que o juiz é chamado a exercer uma função socioterapêutica, liberando-se do apertado condicionamento da estrita legalidade e da responsabilidade exclusivamente retrospectiva que ela impõe, obrigando-se a uma responsabilidade prospectiva, preocupada com a consecução de finalidades políticas das quais ele não mais se exime em nome do princípio da legalidade (*dura lex sed lex*).

Não se trata, nessa transformação, de uma simples correção da literalidade da lei no caso concreto por meio de equidade ou da obrigatoriedade de, na aplicação contenciosa da lei, olhar os fins sociais a que ela se destina. A responsabilidade do juiz alcança agora a responsabilidade pelo sucesso político das finalidades impostas aos demais poderes pelas exigências do estado social. Ou seja, como o Legislativo e o Executivo, o Judiciário torna-se responsável pela coerência de suas atitudes em conformidade com os projetos de mudança social, postulando-se que eventuais insucessos de suas decisões devam ser corrigidos pelo próprio processo judicial.<sup>29</sup>

Essa mudança no próprio raciocínio adotado pelos juízes representa um avanço na árdua tarefa de conferir à Constituição sua força normativa. Não por acaso, foi por meio dessa transformação que o Judiciário aproximou-se da realidade social, abandonando uma postura excessivamente formalista e auxiliando na concretização de direitos fundamentais.

Nesse quadro institucional, a participação dos magistrados no controle de políticas públicas é importante para o seu desenvolvimento. Com efeito, é inegável o papel do Judiciário na garantia de uma correta aplicação de

---

<sup>29</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência?* In: Revista Trimestral de Direito Público - 9. P. 45-46.

recursos públicos, de modo a viabilizar os direitos fundamentais dos cidadãos. No caso do fornecimento de medicamentos, por exemplo, os magistrados têm fortalecido o acesso da população à saúde constitucionalmente positivada, como no Agravo Regimental na Apelação Cível n. 200833040015388, Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Relator Desembargador Souza Prudente, publicado no DJ de 18/04/2012, cuja ementa segue abaixo:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. DIREITO À SAÚDE. DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL E DIFUSO, CONSTITUCIONALMENTE GARANTIDO. **FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS**. DESCENTRALIZAÇÃO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. UNIÃO FEDERAL, ESTADOS, MUNICÍPIOS E DISTRITO FEDERAL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO.

I - A União Federal, solidariamente com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, está legitimada para as causas que versem sobre o **fornecimento de medicamento**, em razão de, também, compor o Sistema Único de Saúde - SUS. Precedentes.

II - A saúde, como garantia fundamental assegurada em nossa Carta Magna, é direito de todos e dever do Estado, como na hipótese dos autos, onde o **fornecimento gratuito de medicamentos** para o adequado tratamento é medida que se impõe, possibilitando aos doentes necessitados o exercício do seu direito à vida, à saúde e à assistência médica, como garantia fundamental assegurada em nossa Carta Magna, a sobrepor-se a qualquer outro interesse de cunho político e/ou material. Precedentes.

III - Agravo regimental desprovido.

Não obstante a importante participação do Judiciário no controle de políticas públicas, cumpre ponderar que, conforme examinado no capítulo anterior deste trabalho, a efetivação de direitos sociais envolve um complexo processo de alocação de recursos públicos escassos, abarcando questões de cunho político e econômico em que cabe questionar se os juízes são os entes mais adequados para exercer essa função.

Com efeito, qualquer análise do controle de políticas públicas não pode prescindir de um estudo das capacidades que cada órgão tem de tomar boas decisões, inclusive no sentido econômico. Assim, não se trata do simples deferimento de direitos, mas sim de amplo e prospectivo processo de seleção de prioridades e meios de implantação.

Neste ponto, é necessário examinar a proposta institucionalista de Adrian Vermeule, a qual constitui ferramenta importante na compreensão do papel dos magistrados e na abertura do controle de políticas públicas para outros órgãos. O jurista norte-americano considera que em condições de incerteza e racionalidade limitada o julgador deve adotar uma postura mais formalista de modo a evitar efeitos sistêmicos adversos.

De fato, uma análise institucional do sistema modifica o foco dos questionamentos acerca da decisão a ser tomada. Em geral, quando juristas se deparam com uma controvérsia jurídica, a pergunta sobre a qual são feitas as reflexões é “como o texto deve ser interpretado?”. Conseqüentemente, quando a constitucionalidade de uma lei A é questionada perante um juiz, as análises giram em torno de decidir se a lei é ou não constitucional.

Todavia, o questionamento feito por um institucionalista é “quais procedimentos decisórios deve uma instituição, em face das suas capacidades, utilizar para interpretar determinado texto?”. Assim, a perspectiva sob a qual a questão é analisada transforma-se completamente; não se trata de escolher uma interpretação mais ou menos formalista, mas de escolher a técnica de decisão com base nas peculiaridades empíricas em que a instituição esta imersa.

Nesse sentido, para ilustrar o prisma sob o qual o institucionalismo opera suas principais reflexões, vale transcrever o seguinte trecho dos ensinamentos de Vermeule:

The choice of legal form has important effects on the allocation of decisionmaking authority. Rules and standards allocate decisionmaking authority in different ways within an institution over time, between different levels of a hierarchical institution, and among institutions. Standards in effect delegate decisionmaking authority to the decisionmaker at the point of application, as when a standard instructs a judge to decide whether a driver was proceeding at a ‘reasonable speed’. Rules vest authority in the rule-formulators rather than in those who apply the rule in particular cases at a later time. Rules thus require more information and decisional competence *ex ante*, at the time the rule-formulation decide what the content of the rule should be. Standards require more information and decisional competence *ex post*, at the time of application. It follows that one important consideration in the choice between rules and standards is whether the rule creators or the rule appliers have better information

and superior competence to translate information into sound legal policy.<sup>30</sup>

Com isso, é possível depreender que o institucionalismo problematiza aspectos que não podem ser negligenciados, especialmente quando o assunto é o controle de políticas públicas. Vislumbrar as capacidades técnicas de uma instituição no momento de delimitar sua competência e suas técnicas de decisão é fundamental para a obtenção de resultados positivos e, em última instância, para garantir a força normativa da Constituição; razão pela qual é necessário, no quadro de desneutralização política, examinar a real capacidade dos magistrados.

Nesse contexto, as situações de fornecimento de medicamento representam hipótese interessante na investigação da análise do “modus operandi” dos magistrados. Assim, o Tribunal definiu o direito à saúde “como garantia fundamental assegurada em nossa Carta Magna, a sobrepor-se a **qualquer outro interesse de cunho político e/ou material**”. Por conseguinte, nota-se que não houve por parte do juiz, nenhum questionamento acerca da viabilidade econômica da concessão da tutela requerida.

Não se pode negar que o juiz é constantemente sujeito aos imperativos de um julgamento rápido com poucas informações, em que direitos essenciais a uma vida digna dependem de um provimento judicial. Contudo, uma intervenção absoluta do juiz em uma demanda individual deve ser colocada no contexto apropriado de modo a evitar distorções indevidas no processo de formulação de políticas públicas.

De fato, não se trata de apenas conceder um medicamento a um cidadão, mas sim de intervir em uma política que passou por um amplo processo de discussão técnica e política em outras instâncias. Nesse sentido, estudantes de Direito da Universidade de São Paulo realizaram pesquisa empírica em que analisaram as decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo a respeito de pedidos de concessão de medicamentos para o tratamento de AIDS, em que chegaram às seguintes conclusões:

---

<sup>30</sup> VERMEULE, Adrian. *Judging under uncertainty: an institutional theory of legal interpretation*. Cambridge: Harvard University Press, 2006. P. 69.

O tratamento individualizado é incapaz de compreender e se ajustar a uma realidade que necessita de ações estatais que busquem a satisfação do social. Entretanto, as implicações coletivas desses direitos sociais requerem, por sua vez, que se reconheçam os problemas na operacionalização e concretização dos mesmos.

Assim, num panorama de déficit público, um mínimo de racionalidade no modo como os recursos serão alocados é condição necessária à eficiência dos programas sociais. Nesse sentido, ao ser atribuída ao Poder Judiciário a função de controle de políticas sociais, torna-se necessária a utilização de critérios econômicos em sua *ratio decidendi*.

Tendo em vista esses novos parâmetros necessários à cognição jurisdicional que tenha como objetivo a efetivação de direitos sociais mediante a revisão (positiva ou negativa) de políticas públicas, a análise empírica realizada demonstrou a inadequação no tratamento dado pelo tribunal à questão da política de fornecimento de medicamentos no âmbito do programa DST/AIDS. Em 66,7% das decisões de não concessão, os julgadores reconheceram que a efetivação do direito à saúde se dá a partir da implementação de políticas públicas. Já nos casos de concessão, apenas 28,5% fizeram esta consideração.

Identificamos, também, a possibilidade da distorção de políticas sociais distributivas quando da atuação do Judiciário, que reproduz o fenômeno da concentração de gastos públicos em camadas sociais de maior renda (produzindo, portanto, efeitos regressivos quase nunca desejados pelos juízes). No que se refere à questão do gasto social, observa-se em estudo da CEPAL que, entre países latino-americanos, o Brasil é o que mais destina recursos à área social. A análise detalhada refletiu que, muito embora os investimentos na área social fossem superiores aos padrões regionais, "o efeito desses gastos sobre os principais indicadores de bem estar social têm ficado muito aquém do esperado". Com base em estudo do Banco Mundial acerca do gasto público nacional por faixa de renda familiar, concluiu-se que um dos principais fatores que determina esse quadro de ineficiência dos programas sociais é a concentração dos mesmos na camada social de maior renda. Levar a questão de alocação de recursos na área social ao Judiciário pode acarretar consequências semelhantes ao fenômeno acima descrito, ou potencializar seus efeitos, vez que os altos custos do acesso à Justiça no Brasil determinariam a restrição da tutela judicial à classe social de maior poder aquisitivo, capaz de arcar com esses custos.

Por fim, constatou-se que a tutela jurisdicional referente à política pública em questão não respeita sua natureza coletiva, tratando o conflito de maneira fragmentada, ainda nos moldes liberais clássicos. Em outros termos, há uma contradição entre interesses individualmente postulados, a política pública e o papel desempenhado pelo Judiciário. A emergência desses direitos de caráter coletivo trouxe consigo a necessária construção, no plano processual, de mecanismos que possibilitassem a defesa desses direitos.

O presente estudo de caso leva-nos a concluir que a tutela individual do direito à saúde não é a mais adequada, pois desconsidera sua natureza. As decisões judiciais analisadas, que



concederam ou confirmaram a concessão de medicamentos solicitados pelo autor da ação individual, desprezaram em sua quase totalidade os efeitos que gerariam para além do processo. O tratamento individual de um conflito de natureza coletiva provoca distorções sociais e econômicas. Não se tem em mente que a questão é a disputa por recursos escassos (orçamento) destinados a políticas públicas que concretizam direitos sociais.<sup>31</sup>

Essa pesquisa empírica revela a complexidade acoplada à atividade do juiz quando se trata da efetivação de direitos sociais, bem como um aparato institucional do Judiciário que requer exame aprofundado de sua adequabilidade. Nesse sentido, alguns aspectos da atividade judicial devem ser ressaltados.

Com efeito, argumenta-se que o Judiciário seria um ente cujo isolamento político propiciaria julgamentos mais imparciais e livres dos constrangimentos advindos do jogo político. Com isso, sua atuação seria mais adequada na defesa da Constituição e seus direitos. Ocorre que esse mesmo isolamento traz um obstáculo significativo para a solução de problemas: a falta de informação.

A título de exemplo, um ator político mantém um diálogo constante e aberto com a população e com especialistas de cada área. Assim, recebe uma carga de informações mais aprimorada com a sociedade civil. Além disso, não se submete aos filtros processuais que tolhem a atividade judicial, como o instituto da preclusão. Conseqüentemente, o juiz trabalha com uma base estreita de dados, o que reduz a sua precisão na resolução das controvérsias sob sua jurisdição.

Outrossim, a estrutura do processo judicial ainda tem como paradigma a solução de conflitos individuais dentro do paradigma liberal. Nesse sentido, diversos mecanismos processuais cujo objetivo é tutelar direitos individuais são inadequados quando o assunto é o controle de políticas públicas tendentes a efetivar direitos sociais.

Nesse quadro, vale citar o instituto da coisa julgada, que visa à estabilização das relações sociais e a promoção da segurança jurídica. Não

---

<sup>31</sup> PET-FD-USP. *O Judiciário e as políticas públicas de saúde no Brasil: o caso AIDS*. 2004. P. 40 e 41.

obstante a fundamental importância da coisa julgada para a garantia dos direitos individuais, quando se trata de políticas públicas a imutabilidade das decisões é prejudicial ao seu desenvolvimento. Isto porque, conforme foi levantado no capítulo anterior, as políticas públicas se estruturam em ciclos, cuja retroalimentação é constante; razão pela qual a flexibilidade das decisões tomadas passa a constituir fator fundamental.

Tendo em vista esse aspecto da atuação dos juízes, vale frisar que alguns autores propõem uma atuação menos incisiva das Cortes, ou seja, que não se decida a questão de plano, mas sim estabeleça um diálogo institucional com outras instâncias. Nessa linha de raciocínio, o jurista norte-americano Mark Tushnet, ao analisar a questão do controle das políticas públicas, sugere uma abordagem diferenciada dos juízes com relação ao tema:

Most modestly, the Court could require the government to investigate alternative approaches and report to the Court within a year on which alternative it proposed to adopt. Somewhat less modestly, the Court could receive such a report and itself impose the alternative as a remedy. Or – and this is the most interesting possibility – the Court could choose a provisional remedy at the time of the initial decision that the substantive constitutional right to health care was violated. It might tell the government to implement a specific policy alternative, but only provisionally, giving the government an opportunity to substitute some other alternative of its own choosing<sup>32</sup>.

Não se pode olvidar, também, um aspecto fundamental quando se analisa as capacidades do Poder Judiciário: a formação do jurista. De fato, o conjunto de habilidades desenvolvido nas faculdades de Direito mantém-se atrelado à formação para carreiras tradicionais – como advogado, juiz ou membro do Ministério Público. A abordagem excessivamente formalista do Direito, associada a uma interdisciplinaridade limitada, conduz a uma escassa reflexão sobre a realidade.

Assim, o jurista, apesar de instado a se manifestar a todo o momento sobre as políticas públicas, tem uma formação que o distancia das ferramentas, métodos e problemas atinentes a esse tema. A título de exemplo, na maior parte das faculdades de Direito do Brasil o papel assumido pelo Direito público

---

<sup>32</sup> TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights*. New Jersey: Princeton University Press, 2008. P. 260.

enquanto agente moldador das instituições e corretor de suas disfunções é negligenciado.

Com isso, o jurista assume funções importantes no que tange à formulação e implementação das políticas públicas com um arcabouço de ferramentas intelectuais pobre. Nessa direção, vale citar as reflexões de Mangabeira Unger a respeito do tema:

O problema do ensino de direito no Brasil é um caso extremo. Como está, não presta. Não presta, nem para ensinar os estudantes a exercer o direito, em qualquer de suas vertentes profissionais, nem para formar pessoas que possam melhorar o nível da discussão dos nossos problemas, das nossas instituições e das nossas políticas públicas. Representa um desperdício, maciço e duradouro, de muitos dos nossos melhores talentos. E frustra os que, como alunos ou professores, participem nele: quanto mais sérios, mais frustrados. A organização de uma nova escola de direito no Brasil oferece uma oportunidade para mudar esse quadro. E para trazer o Brasil, em um só salto, para a vanguarda da reforma do ensino jurídico no mundo.

(...)

O problema central do ensino do direito no Brasil é sua fixação numa abordagem ao mesmo tempo enciclopédica, exegética e escolástica do direito brasileiro vigente. É um caso típico de uma cultura jurídica que se encontra, nas suas melhores expressões, a meio caminho entre os dois formalismos -- o antigo e o novo -- a que antes me referi.

Não se pode dizer que seja completamente sem relevância prática. Os alunos costumam aprender conceitos, métodos e regras que são de fato reproduzidos nos tribunais e nas peças que advogados e procuradores escrevem para juízes. Como seria de supor, há um círculo: as melhores escolas produzem determinado tipo de quadro, com determinada maneira de pensar e se expressar. Estas práticas prevalecem nas carreiras públicas do direito, inclusive entre o judiciário. Sua prevalência por sua vez dá pretexto às faculdades para continuar a ensinar como ensinam. E como os países mais admirados de cultura jurídica semelhante -- os da Europa -- sofrem, em seu ensino de direito, de problemas semelhantes, o continuísmo acaba por parecer quase inevitável.

Quanto mais a prática jurídica se desloca do ambiente jurisdicional para as atividades de consultoria jurídica -- inclusive e sobretudo consultoria de grandes empresas -- e quanto mais transpõem as fronteiras do Brasil e do direito brasileiro para tratar de problemas transnacionais, menos útil, mesmo para a atividade profissional, o ensino atual se revela<sup>33</sup>.

---

<sup>33</sup> UNGER, Roberto Mangabeira. *Uma nova faculdade de Direito no Brasil*. P. 2-8. Artigo disponível no endereço eletrônico [www.law.harvard.edu/unger/portuguese/docs/projetos6.doc](http://www.law.harvard.edu/unger/portuguese/docs/projetos6.doc). Acessado em 23/05/2012, às 22:25.

O objetivo desse trabalho não é debater as deficiências do ensino jurídico no Brasil, mas apontar que a adequação de uma instituição para determinada tarefa passa pela qualificação de seus agentes. Consequentemente, não se pode ignorar que o jurista brasileiro não tem uma formação adequada para o exame das políticas públicas, ou pelo menos em um nível que justifique a importância conferida ao Judiciário pela doutrina.

Essa inadequação na formação dos bacharéis em Direito estende-se até mesmo aos concursos públicos de nível superior. No último concurso para analista judiciário do Superior Tribunal de Justiça (STJ), realizado em maio de 2012, o edital previa que a prova trataria das seguintes matérias: Língua Portuguesa, Informática, Atualidades, Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Civil, Direito Processual Civil, Direito Penal, Direito Processual Penal, Direito Tributário, Direito Previdenciário e Direito Empresarial.

Do rol de matérias acima é possível depreender que a seleção dos profissionais que assessoram os Ministros do STJ não abarca áreas do conhecimento que, como foi demonstrado até o momento, são essenciais para o controle adequado das políticas públicas, como a economia.

Esse aspecto é enfatizado quando se compara as matérias constantes desse edital com as exigidas nos concursos de admissão em outras carreiras públicas como, por exemplo, dos Tribunais de Contas. Nesse sentido, no último concurso de auditor externo do Tribunal de Contas da União (orientação auditoria governamental), realizado em 2011, é mensurado o conhecimento dos candidatos nas seguintes matérias: Língua Portuguesa, Controle Externo, Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Civil, Direito Processual Civil, Direito Penal, Língua Inglesa, Auditoria Governamental, Administração

Financeira e Orçamentária, Análise de Demonstrações Contábeis, Administração Pública, Direito Regulatório e Economia aplicada à regulação.<sup>34</sup>

Assim, resta claro que há uma diferença significativa entre a formação do assessor de Ministro do STJ e aquela dos responsáveis pela instrução dos processos nos Tribunais de Contas. Esse desnível tem reflexos na qualidade e extensão da análise realizada sobre a política pública e, portanto, não pode ser ignorada.

A própria noção de alocação de recursos escassos, que ocupa posição central no tema políticas públicas, muitas vezes passa despercebida pelo magistrado, que toma decisões cujos efeitos sistemáticos são contrários ao interesse inicialmente estabelecido de efetivar direitos sociais, conforme esclareceu a supracitada pesquisa empírica referente à AIDS.

Há de se ressaltar, conforme foi assinalado anteriormente, que os magistrados têm apontado essa nuance das políticas públicas de direitos sociais e ponderado a cláusula da reserva do possível. Todavia, apesar de constituir ferramenta importante à disposição do juiz, sua aplicação não soluciona completamente a questão do déficit de compreensão dos magistrados acerca dos trade-offs atinentes à alocação de recursos escassos.

Isto porque a cláusula da reserva do possível não é plenamente delimitada pelo Judiciário, ou seja, não se sabe ao certo quando uma situação de indisponibilidade de recursos financeiros justifica a não efetivação de um direito fundamental. O resultado dessa incerteza é a discricionariedade do juiz na análise de cabimento ou não da justificação, incidindo, novamente, a falta de recursos e conhecimentos técnicos do Judiciário.

Assim, os magistrados acabam por refutar as justificativas apresentadas pelos administradores com fundamentos casuísticos ou sem adentrar na seara das possibilidades orçamentárias. Nesse sentido, no caso do já citado Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 410715-5, o Ministro Celso de Mello rejeitou a reserva do possível nos seguintes termos:

---

<sup>34</sup> Edital disponível no endereço eletrônico [http://www.cespe.unb.br/concursos/tcu2011/arquivos/EDITAL\\_2\\_AUFC\\_2011.PDF](http://www.cespe.unb.br/concursos/tcu2011/arquivos/EDITAL_2_AUFC_2011.PDF). Acessado em 03/06/2012, às 12:15.

Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele – a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência (...).

Cumpra advertir, desse modo, na linha de expressivo magistério doutrinário (...), que a cláusula da reserva do possível – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

(...)

Tratando-se de típico direito de prestação positiva que se subsume ao conceito de liberdade real ou concreta, a educação infantil – que compreende todas as prerrogativas, individuais ou coletivas, referidas na Constituição da República (notadamente em seu art. 208, IV) – tem por fundamento regra constitucional cuja densidade normativa não permite que, em torno da efetiva realização de tal comando, o Poder Público, especialmente o Município (CF, art. 211, parágrafo 2º), disponha de um amplo espaço de discricionariedade que lhe enseje maior grau de liberdade de conformação, e de cujo exercício possa resultar, paradoxalmente, com base em simples alegação de mera conveniência e/ou oportunidade, ou, ainda, com apoio ‘em argumentos de natureza política e econômica’ (EDUARDO APPIO, Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil, p. 233/237, 236, 2005, Juruá), a nulificação mesma dessa prerrogativa essencial, como adverte (...).

Bem se vê, portanto, que não é realizada uma análise minuciosa das circunstâncias políticas e orçamentárias da tomada de decisão, mas sim uma ponderação abstrata da importância do direito social ameaçado. Além disso, argumenta-se com base na categoria do mínimo existencial, o qual consiste em um âmbito mínimo de necessidades da população em que a discricionariedade do poder público não incide, sendo imprescindível o deferimento de determinados direitos.

Entretanto, o próprio conceito de mínimo existencial recai em uma esfera de fluidez em que o custo dos direitos continua a ser negligenciado. Por conseguinte, o que ocorre é tão somente a troca da discricionariedade do administrador pela interpretação do juiz. Assim, resta claro que o Poder

Judiciário apresenta determinadas insuficiências de caráter técnico que prejudicam um controle pertinente e qualificado das políticas públicas.

Tendo em vista esse quadro, existem diversas teorias que tentam compreender o papel do Judiciário nas sociedades democráticas contemporâneas, buscando outros entes capazes de exercer determinadas funções e, principalmente, vislumbrando uma atitude diferenciada dos juízes em face das demandas da sociedade. Muitas dessas teorias permanecem pouco estudadas pela doutrina brasileira, mas constituem ferramenta viável para o estudo da atuação do Poder Judiciário no controle das políticas públicas.

Sendo assim, é interessante analisar a proposta do minimalismo judicial do jurista norte-americano Cass Sunstein, a qual apresenta uma perspectiva diferente acerca do papel desenvolvido pelo Judiciário em uma sociedade democrática. Nos termos dessa corrente, os juízes devem atuar de modo a evitar decisões que bloqueiem o debate e as tomadas de decisão em outras esferas da sociedade. Nesse sentido, o Judiciário atuaria consciente de estar inserido como uma das instituições de uma sociedade democrática e plural, e com o intuito de promover práticas democráticas.

Por conseguinte, a próxima seção deste trabalho examinará o minimalismo apresentado por Sunstein no livro “One case at a time”, estudando os limites e possibilidades dessa teoria.

## 2.3. O minimalismo judicial de Cass Sunstein

### 2.3.1. Aspectos gerais

Inicialmente, é importante observar que Sunstein não apresenta uma teoria que implicaria o rearranjo institucional referente às possibilidades, por exemplo, de controle de constitucionalidade pelo Judiciário. Em outros termos,

o objetivo não é refutar a fiscalização pelos juízes, mas sim modificar o processo de elaboração da decisão judicial. Conseqüentemente, não se trata de vislumbrar quem faz o controle, mas sim de como esse controle é operacionalizado dentro de uma moldura de um Estado Democrático de Direito.

Feita essa ressalva, o autor em estudo estabelece uma distinção entre minimalismo procedimental – o qual recebe uma atenção especial de Sunstein – e substancial. Este refere-se ao consenso a respeito de uma série de princípios que constituem a essência da Constituição e as balizas dentro das quais o debate democrático deve ser operado.

Já o aspecto procedimental do minimalismo diz respeito à elaboração de decisões que não exauam o debate democrático, abrindo espaço para a discussão em outras instâncias. Assim, esse aspecto reflete a consciência, pelo juiz, da presença de um “dissenso razoável em uma sociedade heterogênea”<sup>35</sup>, o qual não deve ser resolvido por meio de regras claras expedidas pelo Poder Judiciário, mas sim por meio de uma constante abertura para o debate em esferas deliberativas que propiciem a participação e a responsabilidade dos agentes tomadores de decisão.

### 2.3.2. Minimalismo judicial e Democracia deliberativa

A análise desse último ponto nos permite vislumbrar o íntimo relacionamento estabelecido por Sunstein entre minimalismo judicial e democracia deliberativa. De fato, uma Corte minimalista atua de forma a elaborar decisões que promovam os objetivos principais de uma democracia deliberativa: “political accountability” e “reason-giving”<sup>36</sup>. Isto porque ela tem

---

<sup>35</sup> SUNSTEIN, Cass R. *One Case at a Time*. Cambridge: Harvard University Press, 2001. P. ix.

<sup>36</sup> Sunstein analisa esses objetivos da seguinte forma: “The goal of accountability is fostered by ensuring that officials with the requisite of political legitimacy make relevant decisions. Hence the non-delegation and void-for-vagueness doctrines ensure legislative rather than executive lawmaking; hence certain public law doctrines try to ensure that Congress, rather than the bureaucracy, has focused on certain issues. Attempts to ensure against continued rule by old judgments ‘frozen’ by political processes belong in the same category. Reason-giving, a central part of political deliberation, is associated with the



consciência de suas limitações técnicas e institucionais, estando inserida em um ambiente com vários atores, muitos dos quais têm uma legitimidade maior para tomar determinadas decisões em áreas sensíveis para a sociedade. Neste ponto, vale transcrever o seguinte trecho do autor em estudo:

There is a relationship between judicial minimalism and democratic deliberation. Of course minimalism rulings increase the space for further reflection and debate at the local, state, and national levels, simply because they do not foreclose subsequent decisions. And if the Court wants to promote more democracy and more deliberation, certain forms of minimalism will help it to do so. If, for example, the Court says that a ban on 'indecent' speech is therefore unconstitutional simply because it is vague, the Court will, in a sense, promote democratic processes by requiring Congress to legislate with specificity. Or if the Courts says that any discrimination against homosexuals must be justified in some way, it will promote political deliberation by ensuring that law is not simply a product of unthinking hatred or contempt.<sup>37</sup>

Assim, juízes minimalistas podem, a partir de decisões cautelosas, abrir espaço para que órgãos deliberativos possam escolher caminhos importantes. Portanto, segundo Sunstein, é possível diferenciar três espécies de resultados que uma decisão judicial pode alcançar: (i) 'democracy-promoting', em que a Corte determina que julgamentos deliberativos sejam feitos por órgãos democráticos com accountability; (ii) 'democracy-foreclosing', em que certas práticas fora dos limites da política são regulamentadas pelo Judiciário; e (iii) 'democracy-permitting', em que a Corte apenas valida o que o processo político produziu<sup>38</sup>.

Dessas espécies, aquelas que promovem deliberações democráticas são as que mais se aproximam do minimalismo judicial. Com efeito, as características das decisões minimalistas possibilitam que elas funcionem como elementos estimulantes de um ambiente democrático saudável, no qual decisões relevantes sejam tomadas em instâncias deliberativas. Nesse sentido,

---

control of factional power and self-interested representation, the constitutional framers' dual concerns". (2001. P. 31).

<sup>37</sup> SUNSTEIN, Cass R. *One Case at a Time*. Cambridge: Harvard University Press, 2001. P. 4.

<sup>38</sup> Idem. P. 26.

vale citar os exemplos dados por Sunstein de como uma decisão minimalista pode promover a democracia:

1. A court might strike down vague laws precisely because they ensure that executive branch officials, rather than elected representatives, will determine the content of the law.
2. A court might use the nondelegation doctrine to require legislative rather than executive judgments on certain issues.
3. A court might interpret ambiguous statutes so as to keep them away from the terrain of constitutional doubt, on the theory that constitutionally troublesome judgments, to be upheld, ought to be made by politically accountable bodies, and not by bureaucrats and administrators. This 'clear statement' idea is the post-New Deal version of the nondelegation doctrine; it shows that the doctrine is not really dead but is used in a more modest and targeted way to ensure that certain decisions are made by Congress rather than the executive branch.
4. A court might invoke the doctrine of desuetude, which forbids the use of old laws lacking current public support, to require more in the way of accountability and deliberation.
5. A court might require discrimination to be justified by reference to actual rather than hypothetical purposes, thus leaving open the question of whether justifications would be adequate if actually offered and found persuasive in politics.
6. A court might attempt to ensure that all decisions are supported by public-regarding justifications rather than by power and self-interest; it might in this way both model and police the system of public reason<sup>39</sup>.

Essa abertura para debates democráticos é feita por outra característica do juiz minimalista ressaltada por Sunstein: o uso construtivo do silêncio. Assim, o minimalismo deixa determinados pontos da controvérsia sem uma resolução final, ou seja, permite que os pontos centrais de dissenso sejam propositalmente deixados sem um posicionamento da autoridade judiciária de modo a permitir uma intensificação da discussão em instâncias deliberativas.

Neste ponto, o minimalismo judicial tem um ponto de contato interessante com a teoria das virtudes passivas de Alexander Bickel. Essas virtudes surgem quando a Corte recusa-se a julgar determinado caso, seja em razão de não entender que seja o momento adequado para emitir uma decisão, seja por entender que haveria uma interferência demasiada no processo político. No contexto norte-americano, a Suprema Corte exercita essas virtudes por meio do “denial of certiorari”, quando nega a determinado caso o acesso a sua jurisdição. Conquanto semelhante procedimento seja estranho ao direito

---

<sup>39</sup> SUNSTEIN, Cass R. *One Case at a Time*. Cambridge: Harvard University Press, 2001. P. 27

brasileiro, em que a inafastabilidade da jurisdição constitui garantia constitucional, é interessante observar como age uma Corte minimalista. Sendo assim, cumpre transcrever a reflexão de Sunstein sobre o tema:

The basic principles of justiciability are designed to limit the occasions for judicial interference with political process. These principles – involving mootness, ripeness, reviewability, and standing – say that judges can intervene only at certain times and at the behest of certain people. In this way the principles are obviously an effort to minimize the judicial presence in American public life. It may be tempting to see these principles as firm, rule-bound law, allowing no room for discretionary judgments. But realistically speaking, justiciability doctrines are used prudentially and strategically and in response to considerations of the sort I am discussing here.

(...)

A judgment of mootness will certainly minimize short-term decision costs; it may reduce error costs as well; and it will increase the scope for democratic deliberation about the issue at hand. My suggestion is that the notion of the 'passive virtues' can be analyzed in a more productive way if we see that notion as part of judicial minimalism and as an effort to increase space for democratic choice and to reduce the costs of decision and the costs of error.<sup>40</sup>

Além do uso do silêncio, as decisões minimalistas têm dois aspectos interessantes: são estreitas e superficiais. A primeira característica diz respeito a evitar a definição de regras amplas aplicáveis a várias situações, ou seja, decide-se apenas o que é necessário para a solução da lide. Com isso, o juiz minimalista permite que as discussões não sejam encerradas em sua decisão, mas sim que elas sejam debatidas em outras instâncias. Já a superficialidade refere-se a elaborar decisões cujos fundamentos teóricos são incompletos, permitindo que indivíduos que divergem em questões abstratas profundas e complexas – o que é comum em sociedades democráticas plurais –, possam chegar a um consenso no caso concreto. Nesse sentido, é imprescindível transcrever a análise feita por Sunstein:

---

<sup>40</sup> SUNSTEIN, Cass R. *One Case at a Time*. Cambridge: Harvard University Press, 2001. P. 40.

In pointing to shallowness rather than depth, however, I will be emphasizing something different: the possibility of concrete judgments on particular cases, unaccompanied by abstract accounts about what accounts for those judgments. The concrete outcomes are backed not by abstract theories but by unambitious reasoning on which people can converge from diverse foundations, or with uncertainty about appropriate foundations. Of course many philosophical debates, including those about law, operate at a high level of abstraction, but the combatants can often be brought into agreement when concrete questions are raised about appropriate law. Kantians and utilitarians might well agree, for example, that speed-limit laws of a certain kind make sense, or that the law of negligence points in proper directions, or that there is no right to kill infants<sup>41</sup>.

Essas características da teoria em estudo revelam, também, um de seus principais objetivos: a redução dos custos de uma decisão judicial. De fato, os custos oriundos de erros nas decisões afetam toda a sociedade e o sistema judiciário, uma vez que as decisões repercutem umas nas outras. Nesse sentido, uma decisão que estabelece uma regra clara e abstrata que abarca diversas situações tem, em caso de erro, conseqüências muito mais sérias para a sociedade. Por conseguinte, o minimalismo, ao buscar decisões mais estreitas e menos abstratas, evita custos significativos.

No entanto, ainda que a princípio o minimalismo pareça ser mais interessante do ponto de vista de atenuar eventuais custos em causados por erros nas decisões, tal vantagem comparativa não pode ser afirmada abstratamente. Com efeito, decisões minimalistas podem estar, na verdade, repassando os custos do erro para outras cortes, e não os reduzindo.

Ademais, ao elaborar uma decisão estreita o juiz pode incrementar os custos decorrentes de erro; isto porque, vários erros podem advir de outros juízes tentarem extrair uma solução dessa decisão<sup>42</sup>, a qual, em razão de sua estreiteza e superficialidade, pode ocasionar dificuldades decorrentes de uma falta de clareza. Dessa forma, conforme analisaremos em outro ponto deste artigo, o minimalismo, quando se trata de reduzir os custos de uma decisão

---

<sup>41</sup> SUNSTEIN, Cass R. *One Case at a Time*. Cambridge: Harvard University Press, 2001. P. 13.

<sup>42</sup> Obviamente, esse risco é muito maior no sistema de common law em que os precedentes ocupam posição relevante na formação do convencimento do juiz. No entanto, com a constante aproximação desse sistema com o romano-germânico, os precedentes (principalmente das instâncias superiores) têm ocupado lugar cada vez mais importante no Brasil – como ocorre com os diversos mecanismos responsáveis por incrementar a vinculação de outros juízes às decisões do STF –; razão pela qual esse questionamento direcionado ao minimalismo faz sentido também em nossa realidade.

judicial, nem sempre será a melhor opção; e só em face do caso concreto é possível definir qual técnica adotar.

### 2.3.3. Minimalismo judicial e garantia de direitos fundamentais: o caso da guerra norte-americana contra o terrorismo.

Outrossim, quanto à garantia de direitos fundamentais, o minimalismo pode não ser o melhor caminho a ser seguido. Nesse sentido, existem casos em que uma atuação estreita e superficial, que deixe a decisão principal para as instâncias deliberativas, pode fragilizar a proteção e efetivação de garantias constitucionais. Essa crítica é pertinente e atinge o minimalismo em seu cerne, uma vez que a função primordial do Judiciário, principalmente quando exerce o controle de constitucionalidade, é justamente proteger os direitos fundamentais não só de abusos do Estado, mas também da maioria democrática.

Isso aconteceu por ocasião das prisões ocorridas na guerra contra o terrorismo empreendida por George W. Bush após os atentados de 11/09/2001. Com efeito, diversos indivíduos foram presos sob o fundamento de estarem relacionados a atividades terroristas; porém, não tiveram acesso às garantias constitucionais básicas referentes ao processo penal, como o devido processo legal e o juiz natural.

Ocorre que a reação da Suprema Corte a essa situação foi lenta e pouco enérgica no sentido de garantir os direitos fundamentais dos acusados, como no caso *Padilla v. Rumsfeld*<sup>43</sup>. Padilla foi preso em solo americano em 2002, tendo sido mantido preso por mais de dois anos sem nenhuma acusação formal, e sem ser adequadamente enquadrado como combatente inimigo, já que sequer participou dos combates convencionais. No entanto, ao julgar seu pedido, a Suprema Corte indeferiu-o com base em questões técnicas

---

<sup>43</sup> Disponível no site <http://caselaw.lp.findlaw.com/cgibin/getcase.pl?court=US&navby=case&vol=000&invol=03-1027>. Acesso em 27/11/2011 às 18:36.

(incompetência do juízo), deixando de analisar as questões fundamentais envolvendo o caso<sup>44</sup>.

---

<sup>44</sup> A Corte decidiu o caso nos seguintes termos:

1. Because this Court answers the jurisdictional question in the negative, it does not reach the question whether the President has authority to detain Padilla militarily. P. 1.

2. The Southern District lacks jurisdiction over Padilla's habeas petition. Pp. 5-23.

(a) Commander Marr is the only proper respondent to Padilla's petition because she, not Secretary Rumsfeld, is Padilla's custodian. The federal habeas statute straightforwardly provides that the proper respondent is "the person" having custody over the petitioner. §§2242, §2243. Its consistent use of the definite article indicates that there is generally only one proper respondent, and the custodian is "the person" with the ability to produce the prisoner's body before the habeas court, see *Wales v. Whitney*, [114 U.S. 564, 574](#). In accord with the statutory language and *Wales'* immediate custodian rule, longstanding federal-court practice confirms that, in "core" habeas challenges to present physical confinement, the default rule is that the proper respondent is the warden of the facility where the prisoner is being held, not the Attorney General or some other remote supervisory official. No exceptions to this rule, either recognized or proposed, apply here. Padilla does not deny the immediate custodian rule's general applicability, but argues that the rule is flexible and should not apply on the unique facts of this case. The Court disagrees. That the Court's understanding of custody has broadened over the years to include restraints short of physical confinement does nothing to undermine the rationale or statutory foundation of the *Wales* rule where, in core proceedings such as the present, physical custody *is* at issue. Indeed, that rule has consistently been applied in this core context. The Second Circuit erred in taking the view that this Court has relaxed the immediate custodian rule with respect to prisoners detained for other than federal criminal violations, and in holding that the proper respondent is the person exercising the "legal reality of control" over the petitioner. The statute itself makes no such distinction, nor does the Court's case law support a deviation from the immediate custodian rule here. Rather, the cases Padilla cites stand for the simple proposition that the immediate physical custodian rule, by its terms, does not apply when a habeas petitioner challenges something other than his present physical confinement. See, e.g., *Braden v. 30th Judicial Circuit Court of Ky.*, [410 U.S. 484](#); *Strait v. Laird*, [406 U.S. 341](#). That is not the case here: Marr exercises day-to-day control over Padilla's physical custody. The petitioner cannot name someone else just because Padilla's physical confinement stems from a military order by the President. Identification of the party exercising legal control over the detainee only comes into play when there is no immediate physical custodian. *Ex parte Endo*, [323 U.S. 283, 304-305](#), distinguished. Although Padilla's detention is unique in many respects, it is at bottom a simple challenge to physical custody imposed by the Executive. His detention is thus not unique in any way that would provide arguable basis for a departure from the immediate custodian rule. Pp. 5-13.

(b) The Southern District does not have jurisdiction over Commander Marr. Section §2241(a)'s language limiting district courts to granting habeas relief "within their respective jurisdictions" requires "that the court issuing the writ have jurisdiction over the custodian," *Braden, supra*, at 495. Because Congress added the "respective jurisdictions" clause to prevent judges anywhere from issuing the Great Writ on behalf of applicants far distantly removed, *Carbo v. United States*, [364 U.S. 611, 617](#), the traditional rule has always been that habeas relief is issuable only in the district of confinement, *id.*, at 618. This commonsense reading is supported by other portions of the habeas statute, e.g., §2242, and by Federal Rule of Appellate Procedure 22(a). Congress has also legislated against the background of the "district of confinement" rule by fashioning explicit exceptions: *E.g.*, when a petitioner is serving a state criminal sentence in a State containing more than one federal district, "the district . . . wherein [he] is in custody" and "the district . . . within which the State court was held which convicted and sentenced him" have "concurrent jurisdiction," §2241(d). Such exceptions would have been unnecessary if, as the

Situações análogas a essa se repetiram ao longo dos anos em razão do perfil minimalista da Corte. Este panorama modificou-se apenas em 2004, no caso *Hamdi v. Rumsfeld*<sup>45</sup>, em que a Suprema Corte agiu mais assertivamente de modo a garantir direitos fundamentais dos acusados e limitar a atuação do Poder Executivo, elaborando, inclusive, um procedimento a ser adotado pelas autoridades de forma a preservar o direito dos acusados ao devido processo legal<sup>46</sup>, conforme se extrai do seguinte trecho do voto condutor do Justice O'Connor:

Striking the proper constitutional balance here is of great importance to the Nation during this period of on-going combat. But it is equally vital that our calculus not give short shrift to the values that this country holds dear or to the privilege that is American citizenship. It is during our most challenging and uncertain moments that our Nation's commitment to due process is most severely tested; and it is in those times that we must preserve our commitment at home to the principles for which we fight abroad. See *Kennedy v. Mendoza-Martinez*, 372 U. S. 144, 164–165 (1963) ("The imperative necessity for safeguarding these rights to procedural due process under the gravest of emergencies has existed throughout our constitutional history, for it is then, under the pressing exigencies of crisis, that there is the greatest temptation to dispense with guarantees which, it is feared, will inhibit government action"); see also *United States v. Robel*, 389 U. S. 258, 264 (1967) ("It would indeed be ironic if, in the name of national defense, we would sanction the subversion of one of those liberties . . . which makes the defense of the Nation worthwhile").

---

Second Circuit believed, §2241 permits a prisoner to file outside the district of confinement. Despite this ample statutory and historical pedigree, Padilla urges that, under *Braden* and *Strait*, jurisdiction lies in any district in which the respondent is amenable to service of process. The Court disagrees, distinguishing those two cases. Padilla seeks to challenge his present physical custody in South Carolina. Because the immediate-custodian rule applies, the proper respondent is Commander Marr, who is present in South Carolina. There is thus no occasion to designate a "nominal" custodian and determine whether he or she is "present" in the same district as petitioner. The habeas statute's "respective jurisdictions" proviso forms an important corollary to the immediate custodian rule in challenges to present physical custody under §2241. Together they compose a simple rule that has been consistently applied in the lower courts, including in the context of military detentions: Whenever a §2241 habeas petitioner seeks to challenge his present physical custody within the United States, he should name his warden as respondent and file the petition in the district of confinement. This rule serves the important purpose of preventing forum shopping by habeas petitioners. The District of South Carolina, not the Southern District of New York, was where Padilla should have brought his habeas petition. Pp. 13-19.

<sup>45</sup> Disponível no site <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=000&invol=03-6696&friend>. Acesso em 30/11/2011 às 20:25.

<sup>46</sup> Ainda que tenha representado um avanço, a decisão do caso *Hamdi v. Rumsfeld* significou uma intervenção pouco efetiva da Suprema Corte. De fato, os juízes limitaram sua atuação à garantia dos direitos dos cidadãos americanos, sem analisar os demais casos de presos em Guantanamo, que constituem a esmagadora maioria dos casos. Assim, resta claro que a Corte não analisou questões fundamentais, como, por exemplo, a possibilidade de o Executivo manter um indivíduo preso, sem acusações formais, ao argumento de ser um combatente inimigo.

With due recognition of these competing concerns, we believe that neither the process proposed by the Government nor the process apparently envisioned by the District Court below strikes the proper constitutional balance when a United States citizen is detained in the United States as an enemy combatant. That is, “the risk of erroneous deprivation” of a detainee’s liberty interest is unacceptably high under the Government’s proposed rule, while some of the “additional or substitute procedural safeguards” suggested by the District Court are unwarranted in light of their limited “probable value” and the burdens they may impose on the military in such cases. *Mathews*, 424 U. S., at 335.

We therefore hold that a citizen-detainee seeking to challenge his classification as an enemy combatant must receive notice of the factual basis for his classification, and a fair opportunity to rebut the Government’s factual assertions before a neutral decisionmaker. See *Cleveland Bd. of Ed. v. Loudermill*, 470 U. S. 532, 542 (1985) (“An essential principle of due process is that a deprivation of life, liberty, or property ‘be preceded by notice and opportunity for hearing appropriate to the nature of the case’” (quoting *Mullane v. Central Hanover Bank & Trust Co.*, 339 U. S. 306, 313 (1950))); *Concrete Pipe & Products of Cal., Inc. v. Construction Laborers Pension Trust for Southern Cal.*, 508 U. S. 602, 617 (1993) (“due process requires a ‘neutral and detached judge in the first instance’” (quoting *Ward v. Monroeville*, 409 U. S. 57, 61–62 (1972))). “For more than a century the central meaning of procedural due process has been clear: ‘Parties whose rights are to be affected are entitled to be heard; and in order that they may enjoy that right they must first be notified.’ It is equally fundamental that the right to notice and an opportunity to be heard ‘must be granted at a meaningful time and in a meaningful manner.’” *Fuentes v. Shevin*, 407 U. S. 67, 80 (1972) (quoting *Baldwin v. Hale*, 1 Wall. 223, 233 (1864); *Armstrong v. Manzo*, 380 U. S. 545, 552 (1965) (other citations omitted)). These essential constitutional promises may not be eroded.

Bem se vê, todavia, que nesse lapso de inércia da Justiça transcorreram três anos de ofensas à Constituição e aos direitos de cidadãos americanos. Nesse sentido, cabe questionar se o minimalismo judicial é capaz de assegurar a efetivação dos direitos fundamentais. Quanto a essa questão, Sunstein argumenta que uma decisão minimalista incrementa a justiça de uma decisão, uma vez que tende a ter custos diminuídos em relação a decisões maximalistas.

Entretanto, como vimos anteriormente, não é possível definir abstratamente se uma decisão minimalista reduz os custos, mas sim em face do caso concreto. Consequentemente, é necessário compreender que o minimalismo judicial não é a melhor alternativa em todas as hipóteses, mas sim uma ferramenta, uma verdadeira técnica de decisão a serviço da construção e promoção de uma sociedade democrática. Sunstein, inclusive, reconhece que



existem situações em que o Judiciário deve adotar uma postura mais assertiva e interventiva, estabelecendo regras mais claras e amplas, conforme se depreende do trecho abaixo:

As a practical matter, minimalism may be the only possible route for a multimember tribunal, which may be incapable of bridging its many disagreements, and which may be able to converge only on a minimal ruling. If this is so, minimalism will be not so much desirable as inevitable. But it is worthwhile to attempt a broad and deep solution (1) when judges have considerable confidence in the merits of that solution, (2) when the solution can reduce costly uncertainty for future courts and litigants, (3) when advance planning is important, and (4) when a maximalist approach will promote democratic goals either by creating the preconditions for democracy or by imposing good incentives on elected officials, incentives to which they are likely to be responsive. Minimalism becomes more attractive (1) when judges are proceeding in the midst of (constitutionally relevant) factual or moral uncertainty and rapidly changing circumstances, (2) when any solution seems likely to be confounded by future cases, (3) when the need for advance planning does not seem insistent, and (4) when the preconditions for democratic self-government are not at stake and democratic goals are not likely to be promoted by a rule-bound judgment. It follows that the case for minimalism is not separable from an assessment of the underlying substantive controversies.<sup>47</sup>

Sendo assim, entendemos que o minimalismo, enquanto uma alternativa para a atuação do Judiciário, não é a melhor atitude em todas as hipóteses. Com efeito, conforme ressaltado no início desta seção, o minimalismo judicial trata de como é operacionalizado o processo de formação da decisão, e como tal é apenas uma das formas de abordar as controvérsias jurídicas. Assim, caso as circunstâncias exijam a emissão de uma decisão que regule de maneira ampla e clara uma situação para, por exemplo, estabelecer um marco regulador seguro de determinada área, ou garantir direitos fundamentais de minorias, o minimalismo pode causar mais erros e prejudicar a efetivação da Constituição.<sup>48</sup>

<sup>47</sup> SUNSTEIN, Cass R. *One Case at a Time*. Cambridge: Harvard University Press, 2001. P. 57.

<sup>48</sup> Neste ponto, cabe mencionar que no livro "Constitution of Many Minds" o autor rejeita parcialmente a proposta minimalista do livro "One Case at a time", atenuando as hipóteses de aplicação dessa teoria. Essa mudança de perspectiva adotada por Cass Sunstein fundamentou, inclusive, a crítica de Ronald Dworkin no artigo "Looking for Cass Sunstein": "He is more cautious in endorsing minimalism as a general strategy than he once was. He describes its defects and allows that in some circumstances—when justices are very confident, for instance—a more 'visionary' approach might be better because 'judges should sometimes attempt a degree of depth, and need not always struggle to root their decisions in what other people already think.' He is mainly concerned, however, not to endorse any strategy but to notice the virtues and vices of each and describe the highly artificial circumstances in which each would be ideal". Artigo disponível no endereço eletrônico

Portanto, resta claro que o minimalismo encontra enorme barreira para a sua viabilidade quando tratamos de garantir direitos fundamentais, de realizar a Constituição. Isto ocorre principalmente quando, diante de uma situação de inércia de outros órgãos na concretização de determinados direitos, o Judiciário precisa atuar de forma positiva, elaborando decisões claras e amplas, capazes de suprir a omissão de outros entes.

Não obstante esses aspectos, que ficaram claros na análise do caso Hamdi v. Rumsfeld, acreditamos que o minimalismo constitui uma alternativa interessante para a promoção do ambiente democrático, bem como para a abertura de espaços de tomada de decisões da sociedade para outros atores.

#### 2.3.4. Minimalismo judicial: limites e possibilidades no direito brasileiro

Até aqui estudamos o minimalismo judicial observando as vantagens e desvantagens de sua aplicação na resolução de uma das mais tormentosas questões da hermenêutica constitucional atual: os limites da atuação do Poder Judiciário e seu papel na tomada de decisões fundamentais da sociedade.

Assim, verificamos que, a despeito de não ser a solução ideal em todos os casos, o minimalismo pode ser uma alternativa interessante e proveitosa, capaz de ampliar os horizontes institucionais das sociedades democráticas. No entanto, essa ferramenta não é dominante no direito brasileiro, e tampouco constitui fator integrante da mentalidade de nossos juízes. Com efeito, o constante aumento da interferência do Judiciário, notadamente do STF, na sociedade brasileira reflete o lugar central que os magistrados ocupam no processo de tomada de decisões. Foi o que aconteceu, por exemplo, no caso do exercício do direito de greve por servidores públicos, já citado neste artigo, cuja ementa foi elaborada nos seguintes termos:

MANDADO DE INJUNÇÃO. GARANTIA FUNDAMENTAL (CF, ART. 5º, INCISO LXXI). DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS (CF, ART. 37, INCISO VII). EVOLUÇÃO DO TEMA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). DEFINIÇÃO DOS PARÂMETROS DE COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA APRECIÇÃO NO ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL E DA JUSTIÇA ESTADUAL ATÉ A EDIÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA PERTINENTE, NOS TERMOS DO ART. 37, VII, DA CF. EM OBSERVÂNCIA AOS DITAMES DA SEGURANÇA JURÍDICA E À EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL NA INTERPRETAÇÃO DA OMISSÃO LEGISLATIVA SOBRE O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS, FIXAÇÃO DO PRAZO DE 60 (SESENTA) DIAS PARA QUE O CONGRESSO NACIONAL LEGISLE SOBRE A MATÉRIA. MANDADO DE INJUNÇÃO DEFERIDO PARA DETERMINAR A APLICAÇÃO DAS LEIS Nos 7.701/1988 E 7.783/1989. 1. SINAIS DE EVOLUÇÃO DA GARANTIA FUNDAMENTAL DO MANDADO DE INJUNÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). 1.1. (...) 2. O MANDADO DE INJUNÇÃO E O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS NA JURISPRUDÊNCIA DO STF. (...) 3. DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS. HIPÓTESE DE OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL. MORA JUDICIAL, POR DIVERSAS VEZES, DECLARADA PELO PLENÁRIO DO STF. RISCOS DE CONSOLIDAÇÃO DE TÍPICA OMISSÃO JUDICIAL QUANTO À MATÉRIA. A EXPERIÊNCIA DO DIREITO COMPARADO. LEGITIMIDADE DE ADOÇÃO DE ALTERNATIVAS NORMATIVAS E INSTITUCIONAIS DE SUPERAÇÃO DA SITUAÇÃO DE OMISSÃO. 3.1. A permanência da situação de não-regulamentação do direito de greve dos servidores públicos civis contribui para a ampliação da regularidade das instituições de um Estado democrático de Direito (CF, art. 1º). Além de o tema envolver uma série de questões estratégicas e orçamentárias diretamente relacionadas aos serviços públicos, a ausência de parâmetros jurídicos de controle dos abusos cometidos na deflagração desse tipo específico de movimento grevista tem favorecido que o legítimo exercício de direitos constitucionais seja afastado por uma verdadeira "lei da selva". 3.2. Apesar das modificações implementadas pela Emenda Constitucional no 19/1998 quanto à modificação da reserva legal de lei complementar para a de lei ordinária específica (CF, art. 37, VII), observa-se que o direito de greve dos servidores públicos civis continua sem receber tratamento legislativo minimamente satisfatório para garantir o exercício dessa prerrogativa em consonância com imperativos constitucionais. 3.3. Tendo em vista as imperiosas balizas jurídico-políticas que demandam a concretização do direito de greve a todos os trabalhadores, o STF não pode se abster de reconhecer que, assim como o controle judicial deve incidir sobre a atividade do legislador, é possível que a Corte Constitucional atue também nos casos de inatividade ou omissão do Legislativo. 3.4. A mora legislativa em questão já foi, por diversas vezes, declarada na ordem constitucional brasileira. Por esse motivo, a permanência dessa situação de ausência de regulamentação do direito de greve dos servidores públicos civis passa a invocar, para si, os riscos de consolidação de uma típica omissão judicial. 3.5. Na experiência do direito comparado (em especial, na Alemanha e na Itália), admite-se que o Poder Judiciário adote medidas normativas como alternativa legítima de superação de omissões inconstitucionais, sem que a proteção judicial efetiva a direitos fundamentais se configure como ofensa ao modelo de separação de poderes (CF, art. 2º). 4. DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS. REGULAMENTAÇÃO DA LEI DE

GREVE DOS TRABALHADORES EM GERAL (LEI No 7.783/1989). FIXAÇÃO DE PARÂMETROS DE CONTROLE JUDICIAL DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE PELO LEGISLADOR INFRACONSTITUCIONAL. 4.1. A disciplina do direito de greve para os trabalhadores em geral, quanto às "atividades essenciais", é especificamente delineada nos arts. 9º a 11 da Lei no 7.783/1989. Na hipótese de aplicação dessa legislação geral ao caso específico do direito de greve dos servidores públicos, antes de tudo, afigura-se inegável o conflito existente entre as necessidades mínimas de legislação para o exercício do direito de greve dos servidores públicos civis (CF, art. 9º, caput, c/c art. 37, VII), de um lado, e o direito a serviços públicos adequados e prestados de forma contínua a todos os cidadãos (CF, art. 9º, §1º), de outro. Evidentemente, não se outorgaria ao legislador qualquer poder discricionário quanto à edição, ou não, da lei disciplinadora do direito de greve. O legislador poderia adotar um modelo mais ou menos rígido, mais ou menos restritivo do direito de greve no âmbito do serviço público, mas não poderia deixar de reconhecer direito previamente definido pelo texto da Constituição. Considerada a evolução jurisprudencial do tema perante o STF, em sede do mandado de injunção, não se pode atribuir amplamente ao legislador a última palavra acerca da concessão, ou não, do direito de greve dos servidores públicos civis, sob pena de se esvaziar direito fundamental positivado. Tal premissa, contudo, não impede que, futuramente, o legislador infraconstitucional confira novos contornos acerca da adequada configuração da disciplina desse direito constitucional. 4.2 Considerada a omissão legislativa alegada na espécie, seria o caso de se acolher a pretensão, tão-somente no sentido de que se aplique a Lei no 7.783/1989 enquanto a omissão não for devidamente regulamentada por lei específica para os servidores públicos civis (CF, art. 37, VII). 4.3 Em razão dos imperativos da continuidade dos serviços públicos, contudo, não se pode afastar que, de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto e mediante solicitação de entidade ou órgão legítimo, seja facultado ao tribunal competente impor a observância a regime de greve mais severo em razão de tratar-se de "serviços ou atividades essenciais", nos termos do regime fixado pelos arts. 9º a 11 da Lei no 7.783/1989. Isso ocorre porque não se pode deixar de cogitar dos riscos decorrentes das possibilidades de que a regulação dos serviços públicos que tenham características afins a esses "serviços ou atividades essenciais" seja menos severa que a disciplina dispensada aos serviços privados ditos "essenciais". 4.4. O sistema de judicialização do direito de greve dos servidores públicos civis está aberto para que outras atividades sejam submetidas a idêntico regime. Pela complexidade e variedade dos serviços públicos e atividades estratégicas típicas do Estado, há outros serviços públicos, cuja essencialidade não está contemplada pelo rol dos arts. 9º a 11 da Lei no 7.783/1989. Para os fins desta decisão, a enunciação do regime fixado pelos arts. 9º a 11 da Lei no 7.783/1989 é apenas exemplificativa (*numerus apertus*). 5. O PROCESSAMENTO E O JULGAMENTO DE EVENTUAIS DISSÍDIOS DE GREVE QUE ENVOLVAM SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS DEVEM OBEDECER AO MODELO DE COMPETÊNCIAS E ATRIBUIÇÕES APLICÁVEL AOS TRABALHADORES EM GERAL (CELETISTAS), NOS TERMOS DA REGULAMENTAÇÃO DA LEI No 7.783/1989. A APLICAÇÃO COMPLEMENTAR DA LEI No 7.701/1988 VISA À JUDICIALIZAÇÃO DOS CONFLITOS QUE ENVOLVAM OS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS NO CONTEXTO DO ATENDIMENTO DE ATIVIDADES RELACIONADAS A NECESSIDADES INADIÁVEIS DA COMUNIDADE QUE, SE NÃO ATENDIDAS, COLOQUEM "EM PERIGO IMINENTE A

SOBREVIVÊNCIA, A SAÚDE OU A SEGURANÇA DA POPULAÇÃO" (LEI No 7.783/1989, PARÁGRAFO ÚNICO, ART. 11). (...) 6. DEFINIÇÃO DOS PARÂMETROS DE COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA APRECIAÇÃO DO TEMA NO ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL E DA JUSTIÇA ESTADUAL ATÉ A EDIÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA PERTINENTE, NOS TERMOS DO ART. 37, VII, DA CF. FIXAÇÃO DO PRAZO DE 60 (SESSENTA) DIAS PARA QUE O CONGRESSO NACIONAL LEGISLE SOBRE A MATÉRIA. MANDADO DE INJUNÇÃO DEFERIDO PARA DETERMINAR A APLICAÇÃO DAS LEIS Nos 7.701/1988 E 7.783/1989. 6.1. Aplicabilidade aos servidores públicos civis da Lei no 7.783/1989, sem prejuízo de que, diante do caso concreto e mediante solicitação de entidade ou órgão legítimo, seja facultado ao juízo competente a fixação de regime de greve mais severo, em razão de tratarem de "serviços ou atividades essenciais" (Lei no 7.783/1989, arts. 9º a 11). 6.2. Nessa extensão do deferimento do mandado de injunção, aplicação da Lei no 7.701/1988, no que tange à competência para apreciar e julgar eventuais conflitos judiciais referentes à greve de servidores públicos que sejam suscitados até o momento de colmatação legislativa específica da lacuna ora declarada, nos termos do inciso VII do art. 37 da CF. 6.3. Até a devida disciplina legislativa, devem-se definir as situações provisórias de competência constitucional para a apreciação desses dissídios no contexto nacional, regional, estadual e municipal. Assim, nas condições acima especificadas, se a paralisação for de âmbito nacional, ou abranger mais de uma região da justiça federal, ou ainda, compreender mais de uma unidade da federação, a competência para o dissídio de greve será do Superior Tribunal de Justiça (por aplicação analógica do art. 2º, I, "a", da Lei no 7.701/1988). Ainda no âmbito federal, se a controvérsia estiver adstrita a uma única região da justiça federal, a competência será dos Tribunais Regionais Federais (aplicação analógica do art. 6º da Lei no 7.701/1988). Para o caso da jurisdição no contexto estadual ou municipal, se a controvérsia estiver adstrita a uma unidade da federação, a competência será do respectivo Tribunal de Justiça (também por aplicação analógica do art. 6º da Lei no 7.701/1988). As greves de âmbito local ou municipal serão dirimidas pelo Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal com jurisdição sobre o local da paralisação, conforme se trate de greve de servidores municipais, estaduais ou federais. 6.4. Considerados os parâmetros acima delineados, a par da competência para o dissídio de greve em si, no qual se discuta a abusividade, ou não, da greve, os referidos tribunais, nos âmbitos de sua jurisdição, serão competentes para decidir acerca do mérito do pagamento, ou não, dos dias de paralisação em consonância com a excepcionalidade de que esse juízo se reveste. Nesse contexto, nos termos do art. 7º da Lei no 7.783/1989, a deflagração da greve, em princípio, corresponde à suspensão do contrato de trabalho. Como regra geral, portanto, os salários dos dias de paralisação não deverão ser pagos, salvo no caso em que a greve tenha sido provocada justamente por atraso no pagamento aos servidores públicos civis, ou por outras situações excepcionais que justifiquem o afastamento da premissa da suspensão do contrato de trabalho (art. 7º da Lei no 7.783/1989, in fine). 6.5. Os tribunais mencionados também serão competentes para apreciar e julgar medidas cautelares eventualmente incidentes relacionadas ao exercício do direito de greve dos servidores públicos civis, tais como: i) aquelas nas quais se postule a preservação do objeto da querela judicial, qual seja, o percentual mínimo de servidores públicos que deve continuar trabalhando durante o movimento paredista, ou mesmo a proibição de qualquer tipo de

paralisação; ii) os interditos possessórios para a desocupação de dependências dos órgãos públicos eventualmente tomados por grevistas; e iii) as demais medidas cautelares que apresentem conexão direta com o dissídio coletivo de greve. 6.6. Em razão da evolução jurisprudencial sobre o tema da interpretação da omissão legislativa do direito de greve dos servidores públicos civis e em respeito aos ditames de segurança jurídica, fixa-se o prazo de 60 (sessenta) dias para que o Congresso Nacional legisle sobre a matéria. 6.7. Mandado de injunção conhecido e, no mérito, deferido para, nos termos acima especificados, determinar a aplicação das Leis nos 7.701/1988 e 7.783/1989 aos conflitos e às ações judiciais que envolvam a interpretação do direito de greve dos servidores públicos civis.

Diante dessa decisão do Supremo é possível observar o protagonismo do Judiciário no desenvolvimento da sociedade brasileira. De fato, a inércia do Poder Legislativo em agir de modo a garantir aos servidores o exercício do direito de greve abriu espaço para que o STF regulamentasse a situação. Portanto, os Ministros entenderam presentes as condições para o exercício do controle de forma positiva. Isto porque, conforme verificamos ao longo deste trabalho, em condições análogas a essas o minimalismo judicial não é capaz de assegurar os direitos fundamentais.

Com isso queremos dizer que o minimalismo é uma dentre muitas técnicas de decisão judicial à disposição dos magistrados. Nesse sentido, caso o objetivo da Corte seja assegurar garantias constitucionais, uma ação incisiva do STF - por meio da declaração de nulidade sem redução de texto, ou da interpretação conforme -, é mais interessante. Entretanto, quando o objetivo é promover o debate democrático e as tomadas de decisão por instâncias deliberativas, o minimalismo constitui técnica viável.

Assim, se em determinados casos a técnica minimalista não é adequada, visto que a atuação positiva do Judiciário é necessária para a proteção de direitos fundamentais, em outros ela pode ser ferramenta interessante de promoção da democracia. Isto aconteceu no próprio STF no julgamento de mandados de injunção requerendo a regulamentação do direito ao aviso prévio. Nessa hipótese, o Supremo, seguindo a jurisprudência firmada nos casos de greve de servidor público, admitiu a possibilidade de regulamentar a questão, conforme se aduz do seguinte trecho do Informativo n. 632 do STF:

O Plenário iniciou julgamento conjunto de mandados de injunção em que se alega omissão legislativa dos Presidentes da República e do Congresso Nacional, ante a ausência de regulamentação do art. 7º, XXI, da CF, relativamente ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço (“Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: ... XXI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;”). Na espécie, os impetrantes, trabalhadores demitidos sem justa causa após mais de uma década de serviço, receberam de seu empregador apenas um salário mínimo a título de aviso prévio. O Min. Gilmar Mendes, relator, ao reconhecer a mora legislativa, julgou procedente o pedido. Inicialmente, fez um retrospecto sobre a evolução do Supremo quanto às decisões proferidas em sede de mandado de injunção: da simples comunicação da mora à solução normativa e concretizadora. Destacou que, no tocante ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, o Min. Carlos Velloso, em voto vencido, construiu solução provisória fixando-o em “10 dias por ano de serviço ou fração superior a 6 meses, observado o mínimo de 30 dias”. Aduziu, entretanto, que essa equação também poderia ser objeto de questionamento, porquanto careceria de amparo fático ou técnico, uma vez que a Constituição conferira ao Poder Legislativo a legitimidade democrática para resolver a lacuna. O Min. Luiz Fux acrescentou que o art. 8º da CLT admitiria como método de heterointegração o direito comparado e citou como exemplos legislações da Alemanha, Dinamarca, Itália, Suíça, Bélgica, Argentina e outras. Apontou, ainda, uma recomendação da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre a extinção da relação trabalhista. Por sua vez, o Min. Marco Aurélio enfatizou que o critério a ser adotado deveria observar a proporcionalidade exigida pelo texto constitucional e propôs que também se cogitasse de um aviso prévio de 10 dias — respeitado o piso de 30 dias — por ano de serviço transcorrido. O Min. Cezar Peluso sugeriu como regra para a situação em comento que o benefício fosse estipulado em um salário mínimo a cada 5 anos de serviço. O Min. Ricardo Lewandowski, por seu turno, mencionou alguns projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional. Diante desse panorama, o relator acentuou a existência de consenso da Corte quanto ao provimento do writ e à necessidade de uma decisão para o caso concreto, cujos efeitos, inevitavelmente, se projetariam para além da hipótese sob apreciação. Após salientar que a mudança jurisprudencial referente ao mandado de injunção não poderia retroceder e, tendo em conta a diversidade de parâmetros que poderiam ser adotados para o deslinde da controvérsia, indicou a suspensão do julgamento, o qual deverá prosseguir para a explicitação do dispositivo final. MI 943/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, 22.6.2011. (MI-943).<sup>49</sup>

Por conseguinte, apesar de admitir a necessidade de uma atuação positiva, o Supremo agiu de forma cautelosa, suspendendo o processo para estudos mais aprofundados da questão. Além disso, os ministros reconheceram que o Poder Legislativo tem maior legitimidade para solucionar a

<sup>49</sup> Disponível no site <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo632.htm>  
Acesso em 27/11/2011 às 14:30.

questão<sup>50</sup>. Com a suspensão do processo, o STF concedeu tempo para que o Legislativo agisse, o que resultou na edição da Lei n. 12.506 de 11/11/2011 – a qual dispõe sobre o aviso prévio. Nesse sentido, é possível vislumbrar a existência, ainda que incipiente, de um diálogo institucional, bem como uma postura cautelosa da Corte que promoveu o debate democrático nas instâncias deliberativas.

Ocorre que a recepção do minimalismo judicial pelo direito brasileiro, na forma como proposta por Sunstein, pode encontrar alguns obstáculos na estrutura institucional brasileira. Sendo assim, um dos pressupostos para a concretização dessa corrente é a existência de um diálogo institucional, o qual é escasso no Brasil. Em outros termos, em uma realidade sem um diálogo efetivo entre os poderes, eventuais decisões judiciais do tipo ‘democracy-promoting’ têm grandes possibilidades de restarem ineficazes, sem assegurar a democracia, e tampouco os direitos fundamentais.

Obviamente, o minimalismo pode ser ferramenta interessante justamente para fomentar esse diálogo institucional, mas não se pode perder de vista que a escolha da técnica de decisão adequada deve ser feita de modo que as decisões tenham máxima eficácia nos objetivos propostos.

#### 2.4. Minimalismo, institucionalismo e a abertura do controle de políticas públicas para novos agentes.

Diante do exposto acima, depreende-se que o minimalismo judicial constitui alternativa interessante para a atuação do Judiciário nas democracias constitucionais contemporâneas, notadamente quando decisões acerca de

---

<sup>50</sup> Neste ponto, vale citar notícia veiculada no site do STF, que deixa explícita a postura cautelosa da Corte: “Ao sugerir a suspensão dos debates para aprofundar os estudos sobre o tema, o ministro Gilmar Mendes observou que qualquer solução para os casos concretos hoje debatidos acabará se projetando para além deles. ‘As fórmulas aditivas passam também a ser objeto de questionamentos’, afirmou, ponderando que o Poder com legitimidade para regulamentar o assunto é o Congresso Nacional”. (Reportagem disponível no site <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=182667> Acesso em 29/11/2011 às 10:30).



questões fundamentais para a sociedade estão em jogo. Nesse sentido, a teoria apresentada por Sunstein busca promover os objetivos principais de um sistema democrático deliberativo de governo: 'accountability' e 'reason-giving'.

Assim, uma Corte minimalista não tenta estabelecer regras amplas e teoricamente profundas, mas sim decisões estreitas e superficiais que abram espaço para a atuação de outros agentes, principalmente das instâncias deliberativas. Com isso, também buscam reduzir custos decorrentes de eventuais erros nas decisões.

No entanto, o minimalismo encontra problemas relevantes no que tange à proteção de garantias fundamentais. Isto porque uma Corte minimalista, ao deixar controvérsias sem decisão, ao argumento de garantir um diálogo institucional e maior deliberação, acaba prolongando violações a direitos fundamentais – como aconteceu com os presos de Guantanamo. Da mesma forma, uma atuação minimalista do STF no caso da greve de servidores públicos, como ocorreu em suas primeiras decisões, nas quais não foi reconhecido o direito de greve, enfraquece, de forma determinante, os direitos fundamentais.

Não obstante essa limitação, que é acentuada no Brasil em razão da ausência de diálogo institucional, o minimalismo judicial constitui técnica de decisão interessante no que concerne à promoção da democracia brasileira. Nesse sentido, juízes que não pretendem resolver de forma ampla e definitiva os problemas trazidos ao seu conhecimento podem abrir espaços de deliberação e participação de outros órgãos.

E tal contribuição não se refere apenas a instâncias deliberativas – as quais são o foco de Sunstein -, mas também aos entes que têm uma capacidade técnica e institucional maior para a solução de determinados problemas. Assim, no caso do controle de políticas públicas, o Tribunal de Contas da União (TCU) pode ser um agente mais adequado do que o Judiciário no caso do controle de políticas públicas, uma vez que possui um conhecimento técnico mais profundo do Orçamento, bem como um aparato institucional mais adequado.

Portanto, a proposta minimalista de Sunstein para a atuação dos magistrados tem a virtude de identificar as vantagens da atuação de outros entes, buscando suprir algumas deficiências da atuação do Judiciário. As soluções apresentadas pelo minimalismo, em termos de técnica de decisão, corroboram com as assertivas do institucionalismo e a necessidade de um sistema aberto para a colaboração de outros agentes.

Ressalte-se que não se trata de excluir o Judiciário do controle políticas públicas, mas sim de possibilitar que as demais instituições desempenhem um papel importante nesse projeto, complementando as falhas umas das outras. Em outras palavras, é necessário reconhecer a insuficiência técnica apresentada pelos magistrados em determinadas situações e buscar entes que possam realizar essas tarefas mais adequadamente.

Em geral, a discussão sobre outras instituições, principalmente no Brasil, restringe-se a olhar para o Legislativo ou Executivo. No entanto, os Tribunais de Contas foram designados pela Constituição como órgãos competentes para o julgamento das contas públicas e ao longo dos anos foram adquirindo um espaço relevante na dinâmica constitucional brasileira.

De fato, esse ente possui um aparato técnico e instrumentos processuais que viabilizam o controle de políticas públicas com um grau de precisão técnica significativo. Dessa forma, a proposta aqui veiculada é analisar as contribuições que os Tribunais de Contas podem fornecer nesse tema, o que será debatido no próximo capítulo.

### CAPÍTULO 3 - TRIBUNAIS DE CONTAS – LIMITES E POSSIBILIDADES DE SUA ATUAÇÃO NO CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS

#### 3.1 Considerações iniciais

O controle de políticas públicas requer alargados conhecimentos técnicos nas mais diversas áreas, além de uma compreensão do processo político de alocação de recursos que desborda na implantação de uma política pública. Como vimos anteriormente, o Judiciário não apresenta a configuração técnica pertinente para um adequado controle de políticas públicas em todos os casos.

Tendo em vista uma visão institucionalista, em que a técnica de decisão é escolhida com base nas capacidades técnico-materiais de uma instituição, é interessante buscar agentes que possam suprir deficiências naturais de outros órgãos. Com isso, o objetivo desse capítulo é examinar o papel que os Tribunais de Contas podem assumir nesse tema.

Há de se ressaltar, contudo, que a escolha dos Tribunais de Contas como órgãos a serem estudados não decorre de mero exercício aleatório de reflexão. Essas instituições tem adquirido, ao longo dos últimos anos, uma postura positiva no controle de políticas públicas, utilizando o seu aparato técnico qualificado para avaliar de forma consistente as ações governamentais.

Nesse sentido, vale citar, a título de exemplo, auditorias de natureza operacional, realizadas em 2009, sobre políticas públicas e mudanças climáticas pelo Tribunal de Contas da União. Esse trabalho surgiu do compromisso assumido pelo Brasil, como signatário da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças do Clima, de formular, implementar, publicar e atualizar regularmente programas nacionais e regionais que incluam medidas para mitigar as mudanças do clima e para permitir a adaptação a essas mudanças.

O TCU, ciente da relevância do tema, designou auditoria operacional para analisar as políticas públicas adotadas nessa área. Sendo assim, os auditores do Tribunal realizaram minucioso exame das políticas públicas adotadas, examinando a questão da mitigação da emissão de gases de efeito estufa para região da Amazônia legal com base em três quesitos: (i) se as ações governamentais na Amazônia legal que geram relevantes impactos negativos nas emissões possuem mecanismos para reduzir esses impactos; (ii) se as políticas públicas para a região da Amazônia legal foram planejadas de forma a promover a mitigação das emissões de GEE; e (iii) se as políticas públicas existentes consideram os aspectos de governança e accountability, de forma a promover a redução nas emissões de GEE.

É possível depreender que o estudo realizado pelo TCU obedeceu a critérios técnicos, abarcando largo espectro de atuação do Governo Federal. Não cabe, neste ponto, transcrever minuciosamente a análise dos auditores, mas vale citar trecho sobre as políticas agropecuárias que elucida a atuação do TCU no controle de políticas públicas:

Em 2007, foi aprovado o Programa Executivo de Desenvolvimento Sustentável do Agronegócio na Amazônia Legal (PDSA), com ações de capacitação, promoção e articulação do desenvolvimento sustentável, com fomento aos produtos e serviços regionais, à recuperação de áreas desmatadas, ao cooperativismo, a novas tecnologias e à inclusão de linhas de crédito compatíveis com as necessidades locais. O Programa estabelece um cronograma físico-financeiro anual, por um período de cinco anos, iniciando-se em 2009. No entanto, para o período 2009 a 2011, abrangido pelo PPA 2008/2011, há apenas 7% dos recursos orçamentários necessários para executar o Programa.

(...)

Durante a auditoria, foi-nos informado que os recursos disponíveis eram somente aqueles previstos no PPA e que, além disso, houve contingenciamento de gastos. Posteriormente, quando os gestores apresentaram seus comentários, acrescentaram que o Ministério está buscando recursos em outras fontes para o financiamento do Programa, por meio do Banco Mundial e através do Fundo Amazônia. Nesse cenário, o que se vislumbra é um provável comprometimento dos resultados prometidos já no primeiro ano. Há um planejamento, mas sem implementação e, conseqüentemente, sem efetividade das ações previstas e sem benefícios concretos para a sociedade.

Quanto às políticas de crédito, o Ministério enfatizou que existem linhas de financiamento que fomentam tanto atividades que

trazem efeitos positivos para a redução das emissões de gases de efeito estufa como aquelas que estimulam a produção agropecuária sustentável, com recuperação de áreas degradadas.

No Plano Agrícola e Pecuário<sup>6</sup> (PAP 2007/2008), havia linhas de financiamento que poderiam fomentar, entre outras atividades, a recuperação de áreas degradadas. O volume de recursos reservados para essas linhas, no período, foi de R\$ 300 milhões, o que representou 3,3% dos recursos destinados a investimentos na safra (R\$ 9,05 bilhões). No entanto, somente 25% desse montante foi efetivamente utilizado – R\$ 75 milhões.

Para o PAP 2008/2009, houve uma mudança relevante. As linhas de crédito que fomentam sistemas sustentáveis e recuperação de áreas degradadas tiveram um incremento significativo – R\$ 1,15 bilhão – e passaram a representar 11,5% do valor destinado a programas de investimentos, que totalizou R\$ 10 bilhões, conforme quadro a seguir (...).<sup>51</sup>

Essa auditoria resultou no Acórdão nº 2293/2009, em que o Plenário do TCU fez uma série de determinações e recomendações a diversos órgãos públicos, de forma a incrementar as políticas públicas da área analisada.

Bem se vê, portanto, que o TCU estabelece um diálogo institucional profícuo no que tange às políticas públicas, utilizando seu corpo técnico adequado para o controle das ações governamentais. Assim, em face da atuação diferenciada das Cortes de Contas no tema em análise, bem como da crescente importância adquirida por esses órgãos no cenário institucional, resta plenamente justificado o seu estudo.

### 3.2. Histórico, organização e atribuições dos Tribunais de Contas

A noção de controle mantém íntima relação com a idéia de República que norteia o texto constitucional de 1988. Com efeito, nesse regime político os representantes exercem o poder a eles conferido pelos cidadãos, assumindo o dever de responder aos verdadeiros titulares dos recursos públicos pelos seus atos. Com isso se quer dizer que é impossível dissociar o ideal republicano da

---

<sup>51</sup> Brasil. Tribunal de Contas da União. *Amazônia legal e emissão de gases de efeito estufa*. Relator Ministro Aroldo Cedraz. Brasília : TCU, 2009. P. 16-17.

responsabilização dos mandatários do poder. Nesse sentido, vale transcrever o magistério de Geraldo Ataliba:

Regime republicano é regime de responsabilidade. Os agentes públicos respondem pelos seus atos. Todos são, assim, responsáveis. Michel Temer afirma: 'Aquele que exerce função política responde pelos seus atos. É responsável perante o povo, porque o agente público está cuidando da *res publica*. A responsabilidade é corolário do regime republicano' (Elementos de Direito Constitucional, p. 163). João Barbalho, de seu lado, já asseverava: 'É da essência do regime republicano que quem quer que exerça uma parcela do poder público tenha a responsabilidade desse exercício; ninguém desempenha funções políticas por direito próprio; nele, não pode haver invioláveis e irresponsáveis, entre os que exercitam poderes delegados pela soberania nacional (Constituição Federal Brasileira Comentada, Rio, 1924, p. 61).

A responsabilidade é a contrapartida dos poderes em que, em razão da representação da soberania popular, são investidos os mandatários. É lógico corolário da situação de administradores, lato *sensu*, ou seja, gestores de coisa alheia. Dalmo Dallari assevera: 'Todos que agirem, em qualquer área ou nível, como integrantes de algum órgão público ou exercendo uma função pública devem ser juridicamente responsáveis por seus atos e omissões. Para efetivação dessa responsabilidade é preciso admitir que o agente do poder público ou o exercente de função pública possam ser chamados a dar explicações, por qualquer pessoa do povo, por um grupo social definido ou por um órgão público previsto na Constituição como agente fiscalizador' (Constituição ..., p. 30). Se a coisa pública pertence ao povo, perante este todos os seus gestores devem responder.<sup>52</sup>

Assim como à República corresponde a noção de responsabilidade, desta não se pode segregar o conceito de controle, uma vez que para responsabilizar é necessário controlar. Essa relação é tão evidente que no Brasil o Tribunal de Contas foi primeiramente instituído pelo Decreto 966-A de 07/09/1890, ou seja, a criação do Tribunal de Contas da União coincide com o advento da República.

Na Constituição de 1988, ao TCU é conferida a missão de auxiliar o Congresso Nacional na fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas.

<sup>52</sup> ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. P. 65-66.

Neste ponto, é interessante realizar alguns apontamentos quanto à estrutura desse órgão. A Carta Constitucional de 1988 estabeleceu que o TCU é composto de nove ministros, os quais devem atender aos seguintes requisitos: (i) mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade; (ii) idoneidade moral e reputação ilibada; e (iii) notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública; e (iv) mais de dez anos de exercício de função ou de efetiva atividade profissional que exija os conhecimentos mencionados no inciso anterior.

Dos nove ministros um terço pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, sendo dois alternadamente dentre auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal, indicados em lista tríplice pelo Tribunal, segundo os critérios de antigüidade e merecimento (art. 73, §2º, I da CF). Os demais membros são escolhidos pelo Congresso Nacional.

Ademais, o art. 73, §3º da Constituição preceitua que “os Ministros do Tribunal de Contas da União terão as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, aplicando-se-lhes, quanto à aposentadoria e pensão, as normas constantes do art. 40”. Esse artigo especialmente representa a importância conferida pelo legislador constituinte à atividade fiscalizadora, revestindo os ministros de garantias equivalentes às do Judiciário.

Os tribunais de contas estaduais e municipais, por sua vez, são compostos, conforme o parágrafo único do art. 75 da Constituição, de sete ministros. Apesar de serem instituídos pelas respectivas constituições estaduais, esses tribunais de contas obedecem, no que couber, às disposições constitucionais referentes ao TCU. Nesse sentido, o STF já decidiu, na ADI 3.361-MC/MG, Relator Ministro Eros Grau, publicada no DJ de 22/04/2005, que é obrigatório o seguimento do modelo federal para a composição dos tribunais de contas estaduais, segundo voto do Relator, que foi assim fundamentado:

A controvérsia a propósito da composição dos tribunais de contas estaduais não é inédita. A questão contida na inicial é similar às examinadas em oportunidades anteriores por este Plenário. Firmou-se o entendimento de que a estrutura dos Tribunais de

Contas dos Estados-membros deve ser compatível com a Constituição do Brasil, sendo necessário, para tanto, que, dos sete Conselheiros, quatro sétimos sejam indicados pela Assembléia Legislativa e três sétimos pelo Chefe do Poder Executivo (nesse sentido: ADI n. 419, Relator o Ministro Francisco Rezek, DJ de 18/03/1995; ADI n. 1.566, Relator o Ministro Moreira Alves, DJ de 18/03/1999; ADI n. 2828, Relator o Ministro Sidney Sanches, DJ de 02/05/2003; ADI 2.208, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 25/06/2004).

(...)

O Pleno desta Corte pacificou jurisprudência segundo a qual os textos normativos estaduais que disciplinem a composição dos Tribunais de Contas locais devem guardar estreita consonância com o modelo previsto na Constituição do Brasil para o Tribunal de Contas da União – artigos 73, § 2º, e 75. Assentou-se que o modelo federal é de observância compulsória.

Outrossim, vale transcrever o magistério de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes:

O Tribunal de Contas da União constitui o paradigma federal de controle, devendo as normas constitucionais pertinentes serem aplicadas, *no que couber*, aos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como aos tribunais e conselhos de contas municipais. Duas regras foram compulsoriamente definidas para os tribunais de Contas das unidades federadas: compete à Constituição Estadual dispor sobre os Tribunais de Contas, os quais, adiantou o constituinte, devem ser integrados necessariamente por sete conselheiros.

Sobre o assunto, em comentário ao art. 75, assere Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que ‘tem-se aqui uma norma de extensão normativa (ou seja, regra que estende a outro ou outros órgãos normas que presidem a instituição, ou lhe cometem poderes)’ (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários à Constituição Brasileira de 1988. São Paulo: Saraiva, 1992, 1. v., p. 412). Amparado em Rubens Catelli, acrescenta que “a norma dispõe sobre matéria de competência obrigatória pelos Estados-membros, não permitindo, em consequência, a estes qualquer distorção na aplicação das normas que corporificam o sistema de fiscalização instituído.

Ao final, arremata que os Estados não podem desobedecer à ordenação dada ao Tribunal de Contas da União, sendo que as normas só podem se postas de lado onde não couber a sua aplicação.<sup>53</sup>

<sup>53</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência. 2. Edição. Belo Horizonte: Fórum, 2008. P. 655.



Bem se vê, portanto, que os Tribunais de Contas possuem uma estrutura muito semelhante, inclusive quanto à função exercida no desenho institucional de cada unidade da federação. Assim, considerando a necessidade de efetuar um panorama das atribuições desses órgãos é interessante estudar o modelo federal, que serve como parâmetro para os demais tribunais. Nesse sentido, o art. 71 da Constituição especifica as seguintes atribuições do TCU:

I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;

V - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo;

VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

VII - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;

VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

§ 1º - No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis.

§ 2º - Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito.

§ 3º - As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo.

§ 4º - O Tribunal encaminhará ao Congresso Nacional, trimestral e anualmente, relatório de suas atividades.

Inicialmente, é possível operar, a partir desse dispositivo, uma distinção importante no papel do TCU quando diz respeito a contas de governo (inciso I) ou contas de gestão (inciso II). Aquelas referem-se às contas apresentadas pelo Chefe do Poder Executivo, enquanto as demais concernem às contas prestadas pelos administradores públicos. Vale frisar, também, que essa distinção está sedimentada na jurisprudência do STF, como se depreende da ADI 849/MT, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, publicado no DJ de 23/04/99, o qual restou assim ementado:

TRIBUNAL DE CONTAS DOS ESTADOS: COMPETÊNCIA: OBSERVÂNCIA COMPULSÓRIA DO MODELO FEDERAL: INCONSTITUCIONALIDADE DE SUBTRAÇÃO AO TRIBUNAL DE CONTAS DA COMPETÊNCIA DO JULGAMENTO DAS CONTAS DA MESA DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA - COMPREENDIDAS NA PREVISÃO DO ART. 71, II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, PARA SUBMETÊ-LAS AO REGIME DO ART. 71, C/C. ART. 49, IX, QUE É EXCLUSIVO DA PRESTAÇÃO DE CONTAS DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO.

I - O art. 75, da Constituição Federal, ao incluir as normas federais relativas à "fiscalização" nas que se aplicariam aos Tribunais de Contas dos Estados, entre essas compreendeu as atinentes às competências institucionais do TCU, nas quais é clara a distinção entre a do art. 71, I - de apreciar e emitir parecer prévio sobre as contas do Chefe do Poder Executivo, a serem julgadas pelo Legislativo - e a do art. 71, II - de julgar as contas dos demais administradores e responsáveis, entre eles, os dos órgãos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário.

II - A diversidade entre as duas competências, além de manifesta, é tradicional, sempre restrita a competência do Poder Legislativo para o

julgamento às contas gerais da responsabilidade do Chefe do Poder Executivo, precedidas de parecer prévio do Tribunal de Contas: cuida-se de sistema especial adstrito às contas do Chefe do Governo, que não as presta unicamente como chefe de um dos Poderes, mas como responsável geral pela execução orçamentária: tanto assim que a aprovação política das contas presidenciais não libera do julgamento de suas contas específicas os responsáveis diretos pela gestão financeira das inúmeras unidades orçamentárias do próprio Poder Executivo, entregue a decisão definitiva ao Tribunal de Contas.

O julgamento das contas de governo tem um caráter eminentemente político, em que o órgão de contas tão somente emite parecer prévio, o qual não vinculará a decisão tomada pelos representantes do povo<sup>54</sup>. Nas contas de gestão, por sua vez, os Tribunais de Contas assumem papel verdadeiramente decisivo ao julgar, e não só emitir parecer, as contas dos demais administradores de recursos públicos. Isto fica claro na lição de Caldas Furtado:

De forma diferente da prestação de contas de governo, que se consubstancia nos Balanços Gerais do ente político – porque se refere à totalidade de recursos movimentados pelo ente da Federação -, o conteúdo da prestação de contas de gestão é bem diferente, e está voltado para, no âmbito do órgão ou entidade administrada no respectivo período, demonstrar:

- a) O fluxo financeiro (caixa e bancos), inclusive com juntada dos extratos bancários completos de todas as contas existentes, ainda que não movimentadas no período;
- b) As licitações realizadas, as despesas efetuadas com dispensa ou inexigibilidade de licitação, os contratos assinados no período;
- c) Os créditos orçamentários consignados ao órgão ou entidade, as alterações desses créditos – quer sejam pela via dos créditos adicionais, quer sejam por estorno de verbas – e os respectivos saldos remanescentes no final do exercício;
- d) O processamento das fases da execução da despesa: empenho, liquidação e pagamento; os restos a pagar inscritos e as disponibilidades de caixa existentes no final do exercício;
- e) O processamento da despesa mediante adiantamento (relação dos funcionários que receberam adiantamentos, bem como a finalidade, os valores e datas de recebimento e comprovação), subvenções, auxílios e contribuições (relação dos entes beneficiados, com os respectivos valores, finalidades e datas da transferência e da prestação de contas, as leis específicas autorizadoras exigidas pela Lei Complementar nº 101/00, art. 26, caput);
- f) O cumprimento das normas legais referentes à gestão de pessoal (limites máximos e mínimos estabelecidos na legislação, encargos

<sup>54</sup> Neste ponto, cumpre ressaltar que o parecer prévio, emitido pelo órgão competente sobre as contas que o Prefeito deve anualmente prestar, só deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal (art. 31, § 2º da CF).

- g) O controle da gestão patrimonial referente ao tombamento de bens públicos e movimentação de material no almoxarifado;
- h) As alienações de bens móveis e imóveis (lei autorizativa – se for o caso -, comissão avaliadora com o respectivo laudo, processo licitatório correspondente, comprovação da aplicação dos recursos obtidos, na forma dos artigos 44 a 46 da Lei Complementar nº 101/00); e
- i) Obediência às normas de transparência fiscal (realização de audiências públicas, publicação e encaminhamento ao Tribunal de Contas do relatório resumido da execução orçamentária e relatório de gestão fiscal)<sup>55</sup>.

Assim, há, em verdade, uma apreciação ampla das contas de gestão, culminando numa análise técnica que abarca diversos aspectos da atividade financeira dos órgãos públicos. Ademais, no que tange ao controle externo, vale frisar que a Constituição de 1988 abandonou o modelo de controle prévio adotado pela Constituição de 1946, no qual era necessário o registro do contrato antes de realizada a despesa. No texto, por sua vez, a despesa é realizada e no curso ou na execução do contrato é feita a fiscalização pela Corte de Contas, que poderá até mesmo sustar a avença<sup>56</sup>.

De modo a alcançar o fim constitucionalmente proposto de exercer o controle das contas públicas, os Tribunais de Contas desenvolveram uma série de mecanismos que permitem uma análise técnica interessante da viabilidade das políticas públicas. A despeito de não caber, nesse trabalho, uma análise profunda de todas as nuances que envolvem o funcionamento de uma Corte de Contas, é necessário, para verificar o nível de adequação desse órgão para o controle de políticas públicas, estudar os instrumentos processuais a sua disposição para exercer essa função.

Assim, por razões metodológicas, essa etapa do presente trabalho tratará de duas ferramentas à disposição dos Tribunais de Contas, em virtude de viabilizarem de forma mais abrangente e flexível o controle de políticas públicas: a auditoria e a representação. Esses processos evidenciam, devido a

<sup>55</sup> FURTADO, J. R. Caldas. Elementos de Direito Financeiro. Belo Horizonte: Fórum, 2009. P. 385-386.

<sup>56</sup> OLIVEIRA, Regis Fernandes de; HORVATH, Estevão; e TAMBASCO, Teresa Cristina Castrucci. Manual de Direito Financeiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 101.

sua estrutura, as contribuições técnicas que podem advir da atuação dos Tribunais de Contas no controle de políticas públicas.

Apesar de os processos de tomadas de contas também permitirem o controle da atuação do poder público, não apresentam o nível de abertura dialógica que permeia os mecanismos selecionados para estudo. Além disso, a tomada de contas é o processo mais estudado pela doutrina, enquanto as demais oferecem mais espaço de desenvolvimento e reflexões a respeito dos limites e possibilidades do controle

Inicialmente, cabe citar a auditoria contábil, financeira e orçamentária, já mencionada na primeira seção deste capítulo. Esse instrumento permite que o Tribunal tenha acesso ao máximo de informação possível no que tange aos dados prestados pelos gestores públicos, zelando pela confiabilidade e regularidade do material que será objeto de sua apreciação.

As auditorias estão previstas no art. 71, IV, da Constituição Federal, o qual permite a atuação de ofício da Corte de Contas na sua operação. Neste ponto, cumpre estabelecer a distinção entre auditorias operacionais e as inspeções. Estas referem-se à análise de um conjunto de fatos determinados, enquanto aquelas abrangem de maneira mais ampla as operações de um órgão. Nessa direção, cabe transcrever a lição de Jorge Ulisses Jacoby:

A auditoria operacional visa avaliar o conjunto de operações e indicar os procedimentos que devem ser revistos, objetivando o aperfeiçoamento das atividades para a consecução da missão institucional, servindo muito mais à Administração que pretenda uma radiografia da sua performance; a inspeção volta-se para a verificação de informações necessárias à regularidade dos juízos firmados em sede de controle, equivalendo muitas vezes às diligências.

A inspeção, por sua vez, é o procedimento de fiscalização para suprir omissões e lacunas de informações, esclarecer dúvidas ou apurar denúncias quanto à legalidade e à legitimidade de fatos da Administração e de atos administrativos praticados por qualquer responsável sujeito à jurisdição do Tribunal de Contas.

(...)

Ao estabelecer a competência do Tribunal de Contas da União para efetivar o controle mediante auditoria operacional, o constituinte resguardou com esse poderoso instrumento, de forma inédita na vida jurídica nacional, a possibilidade de concretização dos princípios da eficiência e eficácia. Racionalização e qualidade devem ser, pois, palavras de ordem contra o controle burocrático e a mera regularidade da escrituração contábil; a essência sobre a forma. O

exame da relação do custo e a verificação de benefícios, numa concepção ética e axiológica de função pública.<sup>57</sup>

Por conseguinte, a auditoria constitui ferramenta efetiva e flexível no exercício do controle pelo TCU, ampliando as possibilidades de um exame mais preciso e permitindo que a análise transcenda o simples estudo escritural dos órgãos e entidades públicas.

Ademais, é necessário ressaltar que as auditorias têm um papel fundamental na promoção da accountability dos órgãos públicos. Isto porque a auditoria governamental realizada pelo TCU, ao cobrar explicações, impor penalidades e limites aos agentes estatais quando exercerem atividades impróprias ou em desacordo com as leis e os princípios de administração pública, atua nos pilares fundamentais da accountability: informação, justificação e sanção.

Assim, ao realizar uma auditoria os Tribunais de Contas estão, em verdade, fomentando práticas democráticas e contribuindo para a formação de um diálogo institucional saudável que conduz, em última instância, a políticas públicas melhores. Nesse sentido, cumpre transcrever o disposto nas Normas de Auditoria do Tribunal de Contas da União (p. 11-12):

A missão institucional do TCU, de assegurar a efetiva e regular gestão dos recursos públicos em benefício da sociedade, coloca-o na posição de órgão de controle externo das relações de accountability que se estabelecem entre os administradores públicos, o Parlamento e a sociedade, e, para bem desincumbir-se dessa missão, o Tribunal propugna que todos os agentes de órgãos, entidades, programas e fundos públicos devem contribuir para aumentar a confiança sobre a forma como são geridos os recursos colocados à sua disposição, reduzindo a incerteza dos membros da sociedade sobre o que acontece no interior da administração pública.

A auditoria, no contexto da accountability, conforme o conceito desenvolvido pelo Escritório do Auditor-Geral do Canadá (OAG) é a ação independente de um terceiro sobre uma relação de accountability, objetivando expressar uma opinião ou emitir comentários e sugestões sobre como essa relação está sendo cumprida.

---

<sup>57</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência. 2. Edição. Belo Horizonte: Fórum, 2008. P. 313-314.

A ação independente exercida pelo TCU, por meio de auditorias, de estímulo à transparência da gestão e de outras ações de controle externo, incluindo a aplicação de sanções, constitui-se instrumento da governança pública cujo objetivo, ao final, é assegurar a accountability pública, contribuindo para reduzir as incertezas sobre o que ocorre no interior da administração pública, fornecendo à sociedade e ao Congresso Nacional uma razoável segurança de que os recursos e poderes delegados aos administradores públicos estão sendo geridos mediante ações e estratégias adequadas para alcançar os objetivos estabelecidos pelo poder público, de modo transparente, em conformidade com os princípios de administração pública, as leis e os regulamentos aplicáveis.

Outro mecanismo de controle interessante à disposição dos Tribunais de Contas é a Representação dos membros do Ministério Público, que tem sido muito utilizada com o objetivo de levar à apreciação das Cortes de Contas determinados temas. Esse instrumento está inserido no cenário constitucional brasileiro pós-1988, que concedeu ao Ministério Público uma função relevante.

Com efeito, foi o texto constitucional de 1988 que desenhou essa instituição como agente fundamental na defesa dos interesses da sociedade tanto na esfera judicial, quanto na administrativa. Nesse sentido, o art. 127 preceitua que o Ministério Público constitui “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

A Lei Complementar 75/1993, que dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União, elenca em seu art. 6º uma série de competências que objetivam o cumprimento de sua finalidade constitucional. Nessa direção, o inciso XVIII deste dispositivo determina que cabe ao Ministério Público representar ao Tribunal de Contas da União, visando ao exercício das competências deste.

Com base nesse dispositivo o TCU estabeleceu no art. 237, I do seu Regimento Interno que o MP é um dos legitimados para representar perante a Corte a ocorrência de irregularidade ou ilegalidade cometida por administrador ou responsável que esteja sob sua jurisdição. Esse procedimento pode ocasionar, nos termos do art. 250 do Regimento Interno, os seguintes resultados:

Art. 250. Ao apreciar processo relativo à fiscalização de atos e contratos, o relator ou o Tribunal:

I – determinará o arquivamento do processo, ou o seu apensamento às contas correspondentes, se útil à apreciação destas, quando não apurada transgressão a norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial;

II – determinará a adoção de providências corretivas por parte do responsável ou de quem lhe haja sucedido quando verificadas tão somente falhas de natureza formal ou outras impropriedades que não ensejem a aplicação de multa aos responsáveis ou que não configurem indícios de débito e o arquivamento ou apensamento do processo às respectivas contas, sem prejuízo do monitoramento do cumprimento das determinações;

III – recomendará a adoção de providências quando verificadas oportunidades de melhoria de desempenho, encaminhando os autos à unidade técnica competente, para fins de monitoramento do cumprimento das determinações;

IV – determinará a audiência do responsável para, no prazo de quinze dias, apresentar razões de justificativa, quando verificada a ocorrência de irregularidades decorrentes de ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico, bem como infração a norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária ou patrimonial.

V – determinará a oitiva da entidade fiscalizada e do terceiro interessado para, no prazo de quinze dias, manifestarem-se sobre fatos que possam resultar em decisão do Tribunal no sentido de desconstituir ato ou processo administrativo ou alterar contrato em seu desfavor.

Diversos Tribunais de Contas estaduais, por sua vez, também adotaram a representação como ferramenta apta para o controle da ação governamental. A título de exemplo, o Tribunal de Contas do Distrito Federal prevê, no art. 99, I do seu Regimento Interno que compete ao Ministério Público, junto ao Tribunal, em sua missão de guarda da lei e fiscalização de sua observância, “promover a defesa da ordem jurídica, requerendo, perante o Tribunal, as medidas de interesse da Justiça, da Administração e do Erário”.

A representação constitui, portanto, mecanismo que abre as portas dos Tribunais de Contas para a atuação do Ministério Público, que já é intensa no âmbito Judiciário. Com isso, representa condutor eficaz das demandas sociais para as Cortes de Contas, reforçando o controle exercido sobre os projetos do governo.



Até aqui foi realizada uma análise teórica dos institutos da auditoria e da representação. No entanto, é necessário verificar quais os efeitos concretos desses mecanismos na sociedade, razão pela qual a próxima sessão tem o objetivo de analisar casos concretos em que esses instrumentos foram utilizados no controle de políticas públicas.

### 3.3. Estudo de caso

#### 3.3.1. Considerações iniciais

A análise da viabilidade dos Tribunais de Contas como novos agentes do controle de políticas públicas não pode se restringir ao aspecto abstrato dos institutos. Com efeito, fechar os olhos para a repercussão fática de determinados processos significa descolar uma proposta jurídica da realidade em que ela deve incidir, levando a distorções relevantes nos resultados almejados.

Nesse cenário, é interessante estudar casos concretos em que o controle de políticas públicas foi desdobrado mediante os mecanismos processuais descritos na seção anterior, de forma a apreender a efetiva contribuição das Cortes de Contas para o aprimoramento da ação governamental. Nessa direção, o objetivo é identificar como o Tribunal de Contas aprecia determinado tema, quais as providências decorrentes de sua análise e seus efeitos na realidade social.

Tendo em vista que esse trabalho tem como escopo a atuação dos Tribunais de Contas federal e estaduais, foram selecionados processos dos dois âmbitos. Sendo assim, nesta seção os seguintes processos serão examinados: (i) Representação 03/2011-TCDF e 20/2011-TCDF; e (ii) Auditoria TC-013.082/2001-1 do TCU.

### 3.3.2. Estudo das Representações 03 e 20/2011 do Tribunal de Contas do Distrito Federal

O Tribunal de Contas do Distrito Federal (TCDF) tem sido palco de uma série de representações em que o Ministério Público leva ao conhecimento do Tribunal questões relevante no que tange à aplicação de recursos públicos. Por meio desse instrumento processual abre-se o caminho para uma atuação desse ente que vai além do julgamento das contas dos gestores.

Na Representação 03/2011 o Ministério Público solicitou a realização de inspetoria do TCDF junto aos contratos e justificativas do Governo do Distrito Federal para os gastos com evento que celebrou os mil dias que antecedem a Copa do Mundo de futebol de 2014, realizado em 16/09/2011. Nesse sentido, os procuradores questionaram a economicidade do evento e o interesse público concernente à alocação de recursos públicos. A peça inicial foi assim fundamentada:

Em que pese a intenção da Administração local em divulgar a Copa do mundo de 2014 e a participação de Brasília como uma das sedes dos jogos, a aplicação de recursos públicos em eventos desta natureza não prescinde da comprovação da economicidade, dos benefícios alcançados e do retorno destes benefícios à população. Os recursos financeiros do Estado devem servir para que o interesse público seja plenamente alcançado. Interesse público que está expressamente determinado nas normas legais e constitucionais e que deve atender aos anseios da sociedade, titular legítima de tais interesses. Isso se torna mais relevante quando confrontado com a escassez de recursos públicos para áreas carentes que necessitam de ação urgente e eficaz do Estado.

Com a realização do evento, recursos públicos deixaram de ser destinados a áreas prioritárias cuja presença do Estado não pode faltar. Referimo-nos à área de saúde, prejudicada com a escassez de verbas públicas, especialmente para a compra de medicamentos e material ambulatorial. Referimo-nos, também, à área de educação, com as suas diversas carências e demandas não atendidas plenamente, e área de segurança que necessita cada vez mais de recursos humanos e materiais para combater a criminalidade. São apenas exemplos de áreas prioritárias, que merecem atenção maior do Estado quando comparadas com eventos como o descrito nesta representação.

Diante disso, não se mostra razoável admitir a utilização de vultosos recursos públicos para a realização de atividades não essenciais. Não atende ao princípio da supremacia do interesse público, de espeque constitucional, nem ao princípio da razoabilidade admitir-se que o Estado custeie eventos culturais sem que os

serviços públicos essenciais sejam plena e satisfatoriamente prestados a toda a sociedade do Distrito Federal. Viola os princípios da razoabilidade e da supremacia do interesse público.

Assim, é possível observar que o parquet utiliza a representação para questionar a seleção de prioridades do Governo, bem como os meios de aplicação de recursos públicos. Em outras palavras, provoca a atuação da Corte de Contas, que se dá em termos diferentes se comparada, por exemplo, ao Poder Judiciário.

De fato, ao receber a representação, a Conselheira-Relatora Anilcéia Machado determinou a realização de inspeção sobre os contratos relacionados ao evento, bem como das justificativas dos preços contratados<sup>58</sup>. Essa providência, ressalte-se, difere daquelas cabíveis se o processo tramitasse perante o Judiciário. Isto porque a realização de inspeção nos contratos celebrados, sob o ponto de vista de sua economicidade e viabilidade técnica, é possível apenas no âmbito das Inspetorias do Tribunal de Contas, as quais possuem, conforme já apontado nesse trabalho, profissionais com formação voltada para áreas específicas que transbordam do conhecimento jurídico e são fundamentais para o controle de políticas públicas.

O juiz, por sua vez, teria a sua disposição limitados mecanismos processuais civis, que estão comumente relacionados ao modelo individualista tradicional de processo que não atende às peculiaridades das políticas públicas. Sem embargos, o controle dessas ações governamentais não pode ser restrito à seara da garantia dos direitos individuais, da pretensão resistida. Não se trata de deferir uma cautelar ou realizar uma perícia, mas sim de estudar técnica e globalmente a viabilidade e execução de uma política pública.

Não obstante a adequação técnica dos Tribunais de Contas, é necessário questionar se suas decisões revestem-se de efetividade e celeridade, que são requisitos basilares do controle de políticas públicas, notadamente porque deles dependem a efetivação de direitos fundamentais.

---

<sup>58</sup> Até o dia 07/06/2012, o processo ainda estava em fase de instrução, de acordo com andamento disponível no seguinte endereço eletrônico: <http://www.tc.df.gov.br/web/site/por-nr-tcdf#ConsNrProcesso.php?txtNrProcesso=30963&txtAnoProc=2011&id=&txtProcesso=30963%2F2011&Pesquisar=Pesquisar>.

Neste ponto, a Representação 20/2011 constitui situação em que o TCDF foi capaz de garantir adequadamente o direito constitucional à saúde. Essa representação cuida de processo em que o Ministério Público pleiteia perante o TCDF o fornecimento de medicamentos para portadores de fibrose cística<sup>59</sup>.

Vale frisar, contudo, que esse pleito do parquet foi fundamentado na Ação Civil Pública 2001.01.1.108221-6, a qual já havia garantido aos pacientes o direito ao recebimento de medicamentos, tendo sido reiteradamente descumprida pelo gestor governamental.

Aqui já há um aspecto revelador dessa representação: o Ministério Público buscou o TCDF para garantir um direito que o Judiciário não fora capaz de assegurar. Consequentemente, é forçoso concluir que o parquet identificou na Corte de Contas um caminho mais célere e efetivo para a defesa de direitos fundamentais.

Com efeito, a representação abre espaço para que aja uma provocação da Corte em relação a problemas que afetam a sociedade. Nessa direção, ela amplia o espectro de controle das políticas públicas pelos Tribunais de Contas, permitindo sua atuação com uma flexibilidade maior que no tradicional julgamento de contas.

No caso em tela, além de requerer o fornecimento cautelar dos medicamentos deferidos no âmbito judicial, o Ministério Público solicitou as seguintes providências do TCDF:

- 1) Esclareça se houve compra, em 2011, dos itens antes referidos. Em hipótese afirmativa, informar quando, quanto, o atual estoque, o nome do contratado e os valores, além dos pacientes beneficiados. Em hipótese negativa, justificar, informando o nome do responsável;
- 2) Informe se há centro de referência para atendimento desses pacientes, inclusive mediante serviço de fisioterapia, informando o local e nome dos profissionais aptos a esse tipo de atendimento. Em hipótese negativa, justificar; e

---

<sup>59</sup> De acordo com informações presentes no relatório da referida Representação, a fibrose cística é uma doença de origem genética que acomete o aparelho respiratório, digestivo e glandular, levando a pneumonias de repetição, diarreia crônica e desnutrição, que podem levar à morte. O paciente necessita de vários medicamentos como antibióticos, enzimas, suplementos e oxigênio domiciliar. Trata-se de doença letal, de alto custo, sem cura e que necessita de tratamento contínuo.

- 3) Encaminhe ao TCDF mensalmente, até o dia 10 do mês subsequente, relatório comprovando a dispensa dos medicamentos referidos aos portadores de fibrose cística, além do cronograma de aquisição dos mesmos.

Tendo em vista os pedidos formulados pelo *parquet* e o fato de que o direito fundamental à saúde estava ameaçado, o TCDF deferiu o pedido cautelar. Todavia, a decisão não se restringiu ao simples deferimento do fornecimento de medicamentos.

De fato, houve uma análise global do problema, com um acompanhamento da implantação da política pública, de modo a evitar que uma decisão precipitada intervisse de maneira negativa nesse processo. O voto do relator conteve a seguinte parte dispositiva:

Assim, acolho parcialmente as manifestações do Corpo Técnico e do *Parquet* e **VOTO** no sentido de que o egrégio Plenário:

**I** - tome conhecimento das informações prestadas pela Secretaria de Estado de Saúde por intermédio dos Ofícios nº 2.742/2011 e 270/2012 (fls. 397/422 e 424/430, vol. II), e dos documentos encaminhados pelo Ministério Público de Contas do Distrito Federal (fls. 360/388, vol. II);

**II** - considere cumpridos os Itens V.a, V.b, V.d, V.e, VI e VII da Decisão nº 6.285/2011;

**III** - determine à Secretaria de Estado de Saúde que, em 30 (trinta) dias, adote as providências a seguir relacionadas, informando os resultados a este Tribunal no mesmo prazo:

**a)** oriente as áreas de controle de estoque de itens voltados ao tratamento da fibrose cística para observarem atentamente os pontos de ressuprimento dos produtos, ajustando-os em caso de necessidade, visando evitar atrasos no início dos procedimentos de compra de tais itens;

**b)** constitua Comissão de Farmácia e Terapêutica visando a imediata seleção dos medicamentos voltados ao tratamento da fibrose cística;

**c)** em reiteração ao item V.c da Decisão nº 6.285/2011, apure a relação de pacientes fibrocísticos atendidos pela Secretaria e informe os produtos e quantitativos mensais necessários ao tratamento;

**d)** verifique as pendências para que o Hospital da Criança se torne efetivamente um Centro de Referência para o tratamento da fibrose cística, estabelecendo cronograma para cumprimento desse objetivo;

**e)** em reiteração ao item II da Decisão nº 4.827/2011, envie, no prazo máximo de trinta dias, informações sobre o cumprimento das determinações anteriores, acompanhadas das documentações que comprovem as alegações;

**IV - autorize:**

**a)** audiência do Sr. Rafael de Aguiar Barbosa, Secretário de Estado de Saúde, e do Sr. Ivan Castelli, Subsecretário de Atenção à Saúde, para que, no prazo de 30 (trinta) dias, apresentem razões de justificativa pelo descumprimento das determinações constantes do item II da Decisão nº 4.827/2011 (reiterado no item II da Decisão nº 5.214/2011 e no item III da Decisão nº 6.285/2011) e do item V.c da Decisão nº 6.285/2011, ante a possibilidade aplicação das penalidades previstas nos artigos 57, inciso VII, e 60 da Lei Complementar nº 1/1994;

**b)** o envio de cópia da Instrução, do Parecer Ministerial e do Relatório/Voto para subsidiar o atendimento dos itens anteriores;

**c)** a ciência desta decisão à Associação Brasileira de Amparo ao Fibrocístico – ABRAFC; e

**d)** o retorno dos autos à Secretaria de Auditoria, para os procedimentos pertinentes.

Bem se vê, portanto, que o TCDF não se limitou a determinar o fornecimento de medicamentos, mas sim estabeleceu um diálogo em torno da política pública. O relator não buscou elaborar unilateralmente a ação governamental, mas balizou o seu comportamento. Nesse ponto, vale ressaltar o item III.d, em que o Tribunal requer a elaboração de um cronograma para a construção de um Centro de Referência, o qual deverá ser submetido ao seu acompanhamento.

Esse modelo de controle de políticas públicas adotado pela Corte de Contas do Distrito Federal nessa Representação aproxima-se da proposta de Mark Tushnet transcrita no capítulo 2 deste trabalho. Trata-se de avaliar as políticas sem intervenções desmedidas que distorçam seu processo de formulação, mas provendo o acompanhamento efetivo do cronograma e propondo soluções para o seu aprimoramento.

Dessa forma, conclui-se que a Representação é mecanismo eficaz no controle de políticas públicas, permitindo que questões relevantes para a coletividade sejam apreciadas pelos Tribunais de Contas sem passar pelo processo tradicional de tomada de contas.

### 3.3.3. A Auditoria do Tribunal de Contas da União sobre o Programa Valorização e Saúde do Idoso.

Nas considerações iniciais deste capítulo, ao justificar uma análise mais detalhada dos Tribunais de Contas como novos agentes no controle de políticas públicas, foi mencionada auditoria do TCU a respeito dos projetos governamentais voltados para a redução da emissão de gases do efeito estufa.

Nesta seção será aprofundado o exame desse mecanismo processual com o estudo de Auditoria realizada em 2003 sobre o Programa Valorização e Saúde do Idoso. O objetivo dessa auditoria era “verificar as soluções que estados e municípios têm encontrado para, por meio do financiamento, da capacitação, da informação e acompanhamento da gestão das instituições prestadores de serviços, fortalecer as relações entre estas e os governos, fazendo chegar aos usuários da Política e os benefícios propostos pela ação governamental, com vistas a preservar a dignidade e promover a assistência e a interação da pessoa idosa”<sup>60</sup>.

A auditoria não se limita ao levantamento de dados referentes às políticas públicas em andamento, mas sim a uma avaliação técnica da efetividade desses projetos, com propostas de melhoria e acompanhamento de sua implantação. Trata-se, portanto, de uma análise ampla e profunda dos diversos aspectos concernentes a determinado problema. Assim, é válido transcrever trecho da auditoria em que é realizada crítica à distribuição de recursos financeiros pelo gestor público no que diz respeito ao Programa Valorização e Saúde do Idoso:

2.37 A Norma Operacional Básica da Assistência Social, de dezembro/98, prevê a fixação de critérios mais equitativos para transferência de recursos do Fundo de Assistência Social aos estados, Distrito Federal e municípios, em substituição ao critério

---

<sup>60</sup> Brasil. Tribunal de Contas da União. *Avaliação do Programa Valorização e Saúde do Idoso*. Relator Ministro Adylson Motta. Brasília : TCU, 2003. P. 7.

baseado na série histórica de despesas. Define que se terá como referência os valores relativos ao financiamento de serviços assistenciais no ano de 1998. (...)

2.39 Podemos observar que os recursos para o atendimento à pessoa idosa – API do Serviço de Ação Continuada – SAC foram elevados em apenas 2,5% nos últimos três anos. Esse valor representa, a princípio, a parcela de recursos utilizada para promover uma distribuição mais equitativa dos recursos repassados aos estados. Vale registrar os casos em que se percebe uma tentativa de se corrigir distorções, como, por exemplo, nos estados do Maranhão, da Paraíba, de Tocantins e do Amazonas. No entanto, no cômputo geral, as desigualdades tendem a continuar acentuadas, caso os acréscimos continuem a ocorrer nas mesmas proporções.

2.40 Mantidos os critérios de partilha atuais, bem como a variação no montante de recursos destinados ao SAC/API, podemos fazer uma projeção do tempo necessário para que alguns estados que recebem por idoso pobre recursos inferiores à média nacional (R\$ 14,50, em 2000) venham a atingir esse valor: Alagoas (35 anos), Amazonas (20 anos), Bahia (29 anos), Ceará (97anos), Maranhão (28 anos), Paraíba (46 anos), Pernambuco (34 anos) e Piauí (37 anos).

2.41 Ressalte-se que foram definidos recursos adicionais ao Distrito Federal (maior IDH do país) e ao estado de Santa Catarina (melhor índice recurso recebido/idoso pobre), a despeito da situação favorável dessas unidades da federação quanto à distribuição de recursos do SAC.

2.42 Nota-se também que os valores fixados nas citadas Resoluções do CNAS para o exercício de 2000 e 2001 não são suficientes sequer para corrigir monetariamente os valores repassados em 1998. Considerando que no período de jan/1998-set/2001, a variação do índice do IPC foi cerca de 24%, constata-se que os recursos destinados à ação sofreram uma perda real em torno de 21% no período.

2.43 Diante dessa situação, a equipe estimou, no Quadro V, os recursos adicionais necessários para que, no prazo de 5 anos, os estados com IDH abaixo de 0,7 e que recebem por idoso pobre recursos inferiores à média nacional (R\$ 14,50, em 2000) venham a atingir esse valor. Foram mantidos constantes os critérios de partilha atuais, a variação no montante de recursos destinados ao SAC/API, bem como o total da população idosa pobre. (...)

2.45 Contudo, a situação de equidade, por esse critério, só será atingida, caso a infra-estrutura de atendimento seja incrementada, na mesma medida, pelos gestores estaduais e municipais, uma vez que, com o processo de descentralização da execução das ações, a responsabilidade pelos resultados apresentados pela ação governamental passou a ser compartilhada pelas diferentes esferas de governo.<sup>61</sup>

---

<sup>61</sup> Brasil. Tribunal de Contas da União. *Avaliação do Programa Valorização e Saúde do Idoso*. Relator Ministro Adylson Motta. Brasília : TCU, 2003. P. 21-22.



É possível depreender do trecho acima que na auditoria os Tribunais de Contas realizam uma análise diferente em relação, por exemplo, ao Judiciário. Com efeito, foi examinada a alocação de recursos em si, com a determinação da quantidade de verbas necessárias para que os objetivos sejam atingidos.

Outrossim, a auditoria permite um estudo que não se sujeita às restrições do processo judicial. Não há exame baseado na adjudicação de direitos individuais, na relação devedor-credor, mas sim no complexo processo de seleção de prioridades de alocação de recursos escassos. Esse processo, é sempre necessário frisar, não foi iniciado com a auditoria, que constitui mera etapa de avaliação da ação governamental.

Entretanto, é necessário apontar que a auditoria não se limita a realizar relatório sem eficácia no planejamento estatal. De fato, da auditoria são extraídas diversas determinações do Pleno do TCU para órgãos relacionados à política pública em tela, cujo cumprimento será acompanhado pelo TCU. Nesse sentido, é interessante transcrever o trecho da parte dispositiva do voto do Relator da decisão TCU decorrente da auditoria em estudo:

#### 8.1 Determinar:

8.1.1 ao Ministério da Previdência e Assistência Social que por meio da Secretaria de Estado de Assistência Social – SEAS e do Conselho Nacional de Assistência Social – CNAS, sistematize as informações relativas às entidades e organizações de assistência social em banco de dados previsto no inciso XI, art. 19 da Lei nº 8.742, de 07 de dezembro de 1993, considerando os recursos necessários para o empreendimento e o fato de que o CNAS é o órgão gestor das referidas informações em razão da competência prevista no inciso IV do art. 18 da LOAS;

8.1.2 ao Ministério da Previdência e Assistência Social que, com fundamento no inciso III, do artigo 18 da Lei nº 8.842/94, promova articulações necessárias, junto ao Ministério da Saúde, com vistas à remoção, para instituição de natureza hospitalar, dos idosos que necessitem de assistência de médica permanente ou de assistência de enfermagem intensiva, em cumprimento ao art. 18 do Decreto nº 1.948, de 03 de julho de 1996;

8.1.3 à Secretaria de Estado de Assistência Social – SEAS/MPAS que:

a) adote providências para que o Fundo Nacional de Assistência Social regularize os repasses de recursos para os convênios tipo 'guarda-chuva', os quais estão em desacordo com a Portaria nº 159, de 08 de julho de 1999, da SEAS/MPAS, com o

inciso III, art. 5º da Lei nº 8.742, de 07 de dezembro 1993, e com o princípio constitucional da descentralização;

b) reveja os critérios de transferência de recursos para os estados, os municípios e o Distrito Federal, considerando os parâmetros previstos no inciso IX, do art. 18, da Lei nº 8.742/93 – LOAS, a fim de que sejam priorizadas as demandas regionais de inclusão e proteção social;

c) oriente os municípios, o Distrito Federal e os estados quanto à correta elaboração do Plano de Assistência Social, previsto no inciso III, art. 30 da Lei nº 8.742/93 – LOAS, para que sejam considerados, na proposta de critério de transferência de recursos (inciso V, art. 19 da LOAS), dados da efetiva demanda local;

d) promova, com base nos custos reais dos serviços, a revisão do *per capita* de manutenção do atendimento à pessoa idosa – API/SAC, de forma a respeitar o direito do cidadão a serviços de qualidade e a assegurar a primazia da responsabilidade do Estado na condução da política de assistência social, respectivamente princípio e diretriz estabelecidos pela Lei Orgânica de Assistência Social;

e) proponha ao Conselho Nacional de Assistência Social, com base no inciso II do art. 19 da Lei nº 8.742/93 – LOAS, a regulamentação do conceito de cofinanciamento, em face das divergências de interpretação constatadas, as quais dificultam a prestação de serviços com qualidade e a consolidação da responsabilidade do Estado, em cada esfera do governo, na condução da Política de Assistência Social.<sup>62</sup>

Assim, não se pode ignorar que as decisões resultantes de auditorias têm eficácia sobre a atuação dos demais órgãos governamentais, constituindo agente efetivo no controle de políticas públicas.

Ademais, sua técnica de decisão é elemento propulsor do diálogo institucional para o aprimoramento das políticas. Isto porque suas determinações não são estritas e peremptórias, mas sim abertas ao debate e à propositura de meios pelos destinatários de suas medidas.

Dessa forma, resta claro que a auditoria é outro mecanismo adequado de que dispõem os Tribunais de Contas para exercer o controle das políticas públicas. Sua amplitude técnica permite uma análise profunda dos problemas sob sua apreciação, que não se limite à lógica de adjudicação de direitos individuais. Ademais, seu formato decisional, a despeito de conter

---

<sup>62</sup> Brasil. Tribunal de Contas da União. *Avaliação do Programa Valorização e Saúde do Idoso*. Relator Ministro Adylson Motta. Brasília : TCU, 2003. P. 60-61.

determinações a outros órgãos, é aberto ao diálogo institucional, propiciando aos seus destinatários um espaço para a construção conjunta das políticas públicas.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A positivação dos direitos sociais nos textos constitucionais do século XX, em decorrência das condições materiais que provocaram novas demandas dos cidadãos, trouxe para o Estado o dever de promover ações no sentido de concretizar esses direitos fundamentais, sob pena de esvaziar a eficácia da Lei Maior.

Com isso, as políticas públicas, enquanto programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do estado e as atividades privadas para a realização de objetivos relevantes e politicamente determinados, assumiram papel relevante na tarefa de evitar que a Constituição se transforme em mera promessa política à população.

Nesse contexto, o controle adequado dessas políticas surge como condição imprescindível para a própria eficácia dos direitos fundamentais. Sendo assim, é necessário buscar instituições que realizem esse controle conscientes da complexidade do processo de formulação e execução das políticas públicas, evitando que intervenções precipitadas impeçam que os resultados almejados sejam alcançados.

Ocorre que o Poder Judiciário passou a ocupar, nas últimas décadas, espaço protagonista em diversos setores da sociedade brasileiro, inclusive no controle de políticas públicas. A princípio, a atuação dos juízes é benéfica para a concretização dos postulados constitucionais, principalmente em razão de sua imparcialidade em face das questões políticas que obstaculizam esses processos.

Todavia, esse protagonismo atribuído aos magistrados requer avaliação no que tange a sua adequação para a tarefa de controlar as políticas públicas. Com efeito, restou claro ao longo do presente trabalho que os juízes apresentam determinadas características que o descredenciam de uma função predominante no âmbito desse tema.

O Poder Judiciário apresenta problemas significativos de accountability, o que retira sua legitimidade para tomar decisões fundamentais para a coletividade. Além disso, verificou-se que a formação do jurista e os instrumentos processuais de que dispõe são insuficientes para uma adequada análise das políticas públicas.

Esses aspectos da atuação dos magistrados levaram diversos estudiosos a buscar alternativas para o modelo vigente. Nesse sentido, este trabalho analisou o minimalismo judicial do jurista norte-americano Cass Sunstein, o qual propõe juízes conscientes de que estão inseridos numa sociedade democrática em que erros decorrentes de suas decisões podem gerar efeitos sistêmicos significativamente danosos.

Assim, em determinadas situações de incerteza os juízes deveriam julgar de maneira superficial e estreita de modo a limitar os efeitos negativos advindos de suas decisões. Além disso, caberia a eles tomar decisões com o objetivo de promover o debate democrático ou a atuação de entes mais preparados, e não transformar suas decisões em portas fechadas para outras instâncias deliberativas.

Não obstante a falha do minimalismo em assegurar garantias fundamentais, bem como a inexatidão de Sunstein, que beira o consequencialismo, em determinar as situações em que o juiz deve ser minimalista, seus fundamentos apontam para a existência de diversas instituições aptas a exercer o controle de políticas públicas. Em outras palavras, nem sempre o Judiciário deve ser o ponto final de uma discussão, e nem sempre será o ente mais adequado para decidir.

A teoria minimalista apresenta, também, pontos de contato com a perspectiva institucionalista do Direito. Segundo essa teoria, o foco ao resolver um problema não é qual interpretação deve ser adotada, mas sim qual a instituição, tendo em vista suas peculiaridades e capacidade técnica, é a mais adequada para tomar a decisão.

As contribuições dessas teorias abrem espaço para que se vislumbre alternativas institucionais para o controle de políticas públicas. Não se trata,

ressalte-se, de excluir o Poder Judiciário dessa tarefa, mas sim de estabelecer a necessidade de uma postura diferente desse órgão e da valorização da atuação de outros órgãos, os quais podem emitir decisões mais qualificadas sobre o tema.

Dessa forma, o presente trabalho analisou a viabilidade dos Tribunais de Contas exercerem essa tarefa. Nesse sentido, foram estudados os mecanismos processuais à disposição desses órgão, concluindo que o seu aparato pessoal e técnico é condizente com a função proposta.

De fato, a análise específica das auditorias e representações demonstrou que esses instrumentos permitem uma atuação abrangente dos Tribunais de Contas, propiciando um controle técnico mais apurado, com uma análise que considera a complexidade dos processos de formulação e execução de políticas públicas. Nessa direção, verificou-se que a avaliação realizada por esses mecanismos não se restringe ao campo dos conceitos jurídicos, reconhecendo que sua problemática não pode ser resolvida com o mesmo raciocínio dos direitos individuais.

Ademais, concluiu-se que as decisões dos Tribunais de Contas são dotadas de efetividade e muitas vezes promovem um saudável diálogo institucional, sem limitar-se a uma mera adjudicação de direitos fundamentais, mas sim construindo e aprimorando, de forma conjunta, as políticas públicas.

Diante do exposto ao longo do presente trabalho, verificou-se que a dinâmica institucional do controle de políticas públicas ainda tem um longo caminho a percorrer e seu sucesso é condição fundamental para a efetivação de direitos fundamentais. Contudo, é necessário reconhecer que os Tribunais de Contas têm condições de atuar como agentes importantes no controle de políticas públicas, sendo capazes de incrementar a qualidade dessa tarefa desenvolvida pelos agentes estatais.

## BIBLIOGRAFIA

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007.

BAPTISTA, T. W. F.; REZENDE, M. *A ideia de ciclo na análise de políticas públicas*. In MATTOS, R. A.; BAPTISTA, T. W. F. *Caminhos para análise das políticas de saúde*, 2011. Disponível em [www.ims.uerj.br/ccaps](http://www.ims.uerj.br/ccaps).

BITTAR, Eduardo C. B. *Metodologia da Pesquisa Jurídica - Teoria e Prática da Monografia para os Cursos de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Amazônia legal e emissão de gases de efeito estufa*. Relator Ministro Aroldo Cedraz. Brasília: TCU, 2009.

\_\_\_\_\_. *Avaliação do Programa Valorização e Saúde do Idoso*. Relator Ministro Adylson Motta. Brasília : TCU, 2003.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008.

BUCCI, Maria Paula Dallari (organizadora). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional*. 6 edição. Coimbra: Livraria Almedina: 1993.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 19ª edição. São Paulo: Atlas, 2006.

FAGUNDES, M. Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1967.

FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. 11. Edição. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2003.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*. 1. edição. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2003.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência?* In: Revista Trimestral de Direito Público - 9.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. 2º edição. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

GELINSKI, Carmen Rosario Ortiz G.; SEIBEL, Erni José. *Formulação de políticas públicas: questões metodológicas relevantes*. In: Revista de Ciências Humanas, Florianópolis, EDUFSC, v. 42, n. 1 e 2, p. 227-240, Abril e Outubro de 2008.

GIOVANNI, Geraldo Di. *As estruturas elementares das políticas públicas*. Caderno de Pesquisa nº 82. Núcleo de Estudos de Políticas Públicas. Campinas: Universidade Estadual de Campinas, 2009.

HOBBSBAWN, Eric. *Era dos Extremos: o breve século XX*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton & Company, 2005.

MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade – o papel da atividade jurisdicional na “sociedade órfã”*. In: Novos Estudos nº 58 (novembro de 2000).



MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. *O apelo ao legislador - appellellentscheidung – na prática da Corte Constitucional Federal Alemã*. In: Revista do Ministério Público do Trabalho, nº 3, (março 1992), p. 69-96; In: Revista de Direito Público nº 99, p. 32-53; In: Revista Arquivos do Ministério da Justiça nº 179 (1992), p. 81 s; In: Revista de Informação Legislativa do Senado Federal, nº 114 (1992), p. 473 s.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição Constitucional: O controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2005.

MONSTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Martin Claret, 2007.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de; HORVATH, Estevão; e TAMBASCO, Teresa Cristina Castrucci. *Manual de Direito Financeiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

PET-FD-USP. *O Judiciário e as políticas públicas de saúde no Brasil: o caso AIDS*. 2004.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 7ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. *O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais*. In: Cláudio Pereira de Souza Neto & Daniel Sarmento, *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

\_\_\_\_\_. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2011.

SUNSTEIN, Cass R. *One Case at a Time*. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights*. New Jersey: Princeton University Press, 2008.

\_\_\_\_\_. *Taking the Constitution away from the Courts*. New Jersey, Princeton University Press, 1999.

UNGER, Roberto Mangabeira. *Uma nova faculdade de Direito no Brasil*. Artigo disponível no endereço eletrônico [www.law.harvard.edu/unger/portuguese/docs/projetos6.doc](http://www.law.harvard.edu/unger/portuguese/docs/projetos6.doc).

VERMEULE, Adrian. *Judging under uncertainty: an institutional theory of legal interpretation*. Cambridge: Harvard University Press, 2006.